

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG §§ 42, 46; KredWesG § 25 a; AktG 1965 §§ 149, 151, 152, 256 Abs. 5

- a) Der Jahresabschluß einer GmbH ist in entsprechender Anwendung des § 256 Abs. 5 AktG dann nichtig, wenn eine Überbewertung den Grundsätzen ordnungsgemäßer Bilanzierung widerspricht und in ihrem Umfang nicht bedeutungslos ist.
- b) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen Rückstellungen für Verluste aus schwebenden Geschäften zu bilden sind.

HGB §§ 341, 335; KredWesG § 10

Zur Frage, ob ein Schadensersatzanspruch wegen Verlustes der stillen Einlage im Konkurs des Geschäftsinhabers geltend gemacht werden kann, wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart worden ist, die Einlage dürfe erst nach Befriedigung der übrigen Gläubiger zurückgefordert werden.

BGH, Urt. v. 1. März 1982 - II ZR 23/81 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

15

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 23/81

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

1. März 1982

Spengler

Justizangestellte

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1982 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Kellermann, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Kläger zu 1, 3 und 5 gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 7. Januar 1981 werden zurückgewiesen.

Auf die Revision des Beklagten wird das genannte Urteil aufgehoben, soweit der Klage der Klägerin zu 1 auf Feststellung einer Forderung über 3.629,50 DM zur Konkurstabelle entsprochen worden ist und die gegen den Kläger zu 5 erhobene Widerklage auf Zahlung von weiteren 90.000 DM (Rückzahlung des für 1978 gezogenen Gewinns) abgewiesen worden ist und dem Beklagten höhere Kostenanteile als nachstehend ausgesprochen auferlegt worden sind.

Die Berufungen der Kläger zu 1 und 5 werden in vollem Umfange zurückgewiesen. Das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom 30. April 1980 wird jedoch durch die teilweise Rücknahme der Widerklage wirkungslos, soweit der Kläger zu 5 zur Zahlung von mehr als 270.250 DM nebst 4 % Zinsen seit 1. Februar 1980 verurteilt worden ist.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens hat der Beklagte 1/20 der Gerichtskosten und 2/27 der

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

außergerichtlichen Kosten des Klägers zu 5 zu tragen. Außerdem wird die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts dahin geändert, daß der Kläger zu 1 7/80 (statt 3/40) der Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Beklagten, dem Kläger zu 5 55/80 (statt 1/2) der Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten des Beklagten auferlegt werden.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen zu 6,57 % der Klägerin zu 1, zu 1,77 % der Klägerin zu 3 und zu 91,66 % dem Kläger zu 5 zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist der Konkursverwalter über das Vermögen der Spar- und Kreditbank GmbH in S [REDACTED] (nachstehend: Bank). Das Konkursverfahren wurde am 10. Mai 1979 auf Antrag des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 30. April 1979 eröffnet, das gleichzeitig mit für sofort vollziehbar erklärter Verfügung der Bank die Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften entzogen und die Liquidation der Bank angeordnet hat.

Die Kläger waren als stille Gesellschafter an dem Bankgeschäft beteiligt, und zwar die Klägerin zu 1 durch in der Zeit vom 2. Januar bis 2. Mai 1978 abgeschlossene Verträge mit Einlagen von insgesamt 86.000 DM, die Klägerin zu 3 durch Vertrag vom 2. März 1979 mit einer Einlage von 15.000 DM und der Kläger zu 5 seit 1971 mit einer Einlage

von 1 Mio. DM. Letztere wurde durch Vertrag vom 24. Januar 1979 zum 1. März 1979 auf 900.000 DM und zum 1. Juli 1979 auf 850.000 DM ermäßigt; hierauf wurde ein Betrag von 100.000 DM am 28. Februar 1979 an den Kläger zu 5 ausgezahlt.

Die stillen Gesellschaftsverträge der Klägerinnen zu 1 und 3 enthalten unter anderem folgende Bestimmungen:

"§ 2

Vom Datum seiner Einlage an nimmt der stille Gesellschafter am festgestellten Gewinn der GmbH wie folgt teil:

- a) Die Einlage des stillen Gesellschafters wird behandelt wie ein GmbH-Anteil. Die Verteilung erfolgt unter Berücksichtigung der Einlagen weiterer stiller Gesellschafter nach dem Verhältnis dieser Anteile, jedoch mit der Maßgabe, daß der stille Gesellschafter nur Anspruch auf 50 % des Gewinns hat, der auf einen gleich hohen GmbH-Anteil entfallen würde.
- b) Vom festgestellten Gewinn erhält der stille Gesellschafter jedoch mindestens 8 % p. a. aus seiner Einlage. ...
- d) Der Gewinn richtet sich nach der Bilanz und dem Gewinnverteilungsbeschluß der GmbH. Die GmbH ist berechtigt, Rücklagen und stille Reserven zu bilden, soweit dies nach vernünftigem kaufmännischen Ermessen zur Sicherung gegen die Risiken des Bankgeschäfts notwendig ist.
- e) Der stille Gesellschafter haftet während der Laufzeit der Einlage insoweit für die Verbindlichkeiten der Bank, als die Einlage erst nach Befriedigung der Gläubiger der Bank zurückgefordert werden kann (§ 10 Abs. 4 Satz 1 KWG).

§ 3

An einem Verlust nimmt der stille Gesellschafter nur bis zur Höhe seiner Einlage teil. Die Verlustbeteiligung richtet sich nach dem Verhältnis der Einlage zum Stammkapital der GmbH unter Berücksichtigung anderer am Verlust beteiligter stiller Gesellschafter."

Der stille Gesellschaftsvertrag, den die Bank mit dem Kläger zu 5 geschlossen hat, gewährte diesem ursprünglich eine weitgehende Sonderstellung. Am 30. Dezember 1977 wurde diese - weil das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen sonst die Einlage nicht als Eigenkapital der Bank anerkannt hätte - stärker an die übrigen Gesellschaftsverträge angepaßt. Unterschiede, soweit es hier interessiert, bestehen im wesentlichen darin, daß die Bestimmungen § 2 b und § 3 unter anderem folgende Fassung erhielten:

§ 2 b

"Der stille Gesellschafter erhält jedoch mindestens 12 % p. a. aus seiner Einlage. ...

§ 3 Abs. 1 und 3

Der stille Gesellschafter kann die Einlage erst nach Befriedigung der Gläubiger der Bank zurückfordern. Dies schließt die Kündigung der Einlage nicht aus, sofern zum Zeitpunkt der Kündigung die Zahlungsfähigkeit der Bank nicht gefährdet ist und diese durch die Rückzahlung nicht überschuldet wird. ...

An einem Verlust nimmt der stille Gesellschafter nur dann teil, wenn das Vermögen der GmbH (Stammkapital der GmbH-Gesellschafter und der anderen stillen Gesellschafter und Reserven) aufgezehrt ist."

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß die Konkursmasse nicht ausreicht, um alle sonstigen Gläubiger zu befriedigen. Es wird mit einer Konkursquote von ca. 80 % gerechnet. Die Kläger sind jedoch der Auffassung, sie hätten wegen des Verlustes der Einlage, die sie auf pflichtwidrige Handlungen des Geschäftsführers der Bank - auf eine einseitige, mit Spekulationselementen durchsetzte Anlagenpolitik - zurückführen, einen Schadensersatzanspruch in Höhe der erbrachten Einlage, der gleichrangig neben den übrigen Konkursforderungen stünde. Die Klägerin zu 3 macht wegen des Verlustes der Einlage in erster Linie einen Anspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß geltend; die Bank habe sie nicht in dem erforderlichen Umfang über die von ihr betriebene einseitige Geschäftspolitik aufgeklärt.

Die Klägerin zu 1 macht außerdem für das Geschäftsjahr 1978 einen Gewinnanspruch von 8 % (= 3.629,50 DM) geltend.

Die Kläger haben diese Ansprüche als Konkursforderungen angemeldet; der Beklagte hat sie bestritten. Die Kläger haben dementsprechend, soweit es in der Revisionsinstanz noch interessiert, beantragt, zur Konkurstabelle festzustellen,

1. die Klägerin zu 1 eine Teilforderung aus ihrer stillen Gesellschaftseinlage in Höhe von 52.000 DM sowie den Gewinnanspruch 1978 in Höhe von 3.629,50 DM nebst Zinsen,
2. die Klägerin zu 3 eine Forderung in Höhe von 15.000 DM,

3. der Kläger zu 5 eine Teilforderung von
100.000 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte hat gegen den Kläger zu 5 Widerklage auf Zahlung von DM 327.000 nebst Zinsen erhoben. Nachdem er in der Berufungsinstanz eine Teilrücknahme in Höhe von 56.750 DM erklärt hat, hat er noch Verurteilung zur Zahlung von 270.250 DM nebst Zinsen beantragt. Diesem Antrag liegt zugrunde: Eine Forderung auf Rückzahlung von 100.000 DM aufgrund einer von dem Beklagten nach § 342 HGB angefochtenen Einlagenrückgewähr vom 28. Februar 1979, die am 24. Januar 1979 vereinbart worden war: Ansprüche auf Rückzahlung von nach Auffassung des Beklagten zu Unrecht bezogenen Gewinnanteilen in Höhe von 90.000 DM für das Geschäftsjahr 1978 und von 80.250 DM für das Geschäftsjahr 1979. Der Kläger hat beantragt, die Widerklage zurückzuweisen, und hilfsweise mit den von ihm behaupteten Schadensersatzansprüchen wegen Verlusts seiner Gesamteinlage die Aufrechnung erklärt.

Das Landgericht hat die Klagen abgewiesen und der Widerklage bis auf einen Teil der geltend gemachten Zinsen, aber einschließlich des später zurückgenommenen Teils des Widerklageantrags auf Zahlung von 56.250 DM stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Kläger - unter Zurückweisung ihrer Rechtsmittel im übrigen und unter Berücksichtigung der teilweisen Rücknahme der Widerklage - das Urteil des Landgerichts teilweise geändert und zugunsten der Klägerin zu 1 eine Forderung über 3.629,50 DM (Gewinnanspruch 1978) zur Konkurstabelle festgestellt, auf die Widerklage den Kläger zu 5 nur zur Zahlung von 180.250 DM nebst Zinsen verurteilt und den Widerklageantrag auf Rück-

zahlung weiterer 90.000 DM (gezogener Gewinn 1978) abgewiesen. Mit ihren Revisionen verfolgen die Klägerinnen zu 1 und 3 und der Kläger zu 5 sowie der Beklagte die abgewiesenen Klage- und Widerklageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revisionen der Kläger sind unbegründet.

I. Zum Antrag der Kläger zu 1, 3 und 5, die angemeldeten Forderungen von 52.000 DM, 15.000 DM und 100.000 DM zur Konkurstabelle festzustellen:

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind die stillen Einlagen der Kläger durch die Verluste der Bank aufgezehrt. Ein Anspruch auf Rückgewähr der Einlage, der nach § 341 HGB als Konkursforderung geltend gemacht werden könnte, scheidet damit aus. Der Antrag der Kläger zu 1, 3 und 5, die angemeldeten Forderungen zur Konkurstabelle festzustellen, könnte deshalb nur dann Erfolg haben, wenn den Klägern in Höhe der verloren gegangenen stillen Einlagen Schadensersatzansprüche wegen schuldhafter Verletzung des stillen Gesellschaftsvertrages durch den Geschäftsinhaber zustünden und diese als Konkursforderungen geltend gemacht werden könnten. Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis darin zuzustimmen, daß dies nicht der Fall ist. Hierbei bedarf es keiner Entscheidung, ob die Kläger Schadensersatzansprüche erlangt haben. Sie könnten mit dem ihnen zukommenden Betrag jedenfalls nicht die Stellung als Konkursgläubiger im Konkurs der Bank einnehmen.

a) Entgegen der Auffassung des Beklagten folgt dies allerdings nicht schon aus § 341 HGB. Diese Vorschrift kann nicht dahin ausgelegt werden, daß unter einer Forderung "wegen der Einlage" nicht nur eine Forderung auf "Rückzahlung" der Einlage, sondern auch eine solche auf "Ersatz" der Einlage zu verstehen ist. Demgemäß kann einer Schadensersatzforderung wegen Verlusts der Einlage im Konkurs des Geschäftsinhabers nicht - wie dem Anspruch auf Rückzahlung der Einlage - entgegengesetzt werden, die Einlage sei durch Verluste aufgezehrt. Das widerspräche dem Grundsatz, daß der stille Gesellschafter nicht an solchen Verlusten beteiligt ist, die auf pflichtwidrige, durch den stillen Gesellschaftsvertrag nicht gedeckte Handlungen des Geschäftsinhabers zurückzuführen sind.

b) Das angefochtene Urteil ist in diesem Punkte deshalb zu bestätigen, weil sich aus den zwischen den Klägern und der Bank getroffenen Vereinbarungen ergibt, daß sie einen etwaigen Schadensersatzanspruch der vorliegenden Art im Konkursverfahren nicht geltend machen dürfen.

§ 2 e) des Gesellschaftsvertrages zwischen der Bank und den Klägern zu 1 und 3 und § 3 Abs. 1 des mit dem Kläger zu 5 geschlossenen Gesellschaftsvertrages in der Fassung des Änderungsvertrages vom 30. Dezember 1977 (gegen dessen Rechtswirksamkeit keine Bedenken bestehen) legen fest, daß der stille Gesellschafter die Einlage erst nach Befriedigung der Gläubiger der Bank zurückfordern kann. Aus dieser in Anlehnung an § 10 Abs. 4 Satz 1 2. Halbs. des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) getroffenen Regelung folgt, daß die Einlage zur Befriedigung der Gläubiger der Bank in vollem Umfange

und nicht nur insoweit zur Verfügung stehen muß, als auf den einzelnen stillen Gesellschafter Verlustanteile entfallen. Der stille Gesellschafter kann danach die Einlage, soweit sie zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, selbst dann nicht zurückfordern, wenn sie durch Verluste nicht aufgezehrt ist; demgemäß kann er im Konkurs des Geschäftsinhabers - in Abweichung von der dispositiven Vorschrift des § 341 HGB - auch wegen des Teils der Einlage, der den Betrag des auf ihn entfallenden Verlustanteils übersteigt, nicht Konkursgläubiger sein. Dies folgt auch aus der Überlegung, daß die stille Einlage durch die getroffene Vereinbarung den Charakter von Eigenkapital erhalten hat und dementsprechend zum Grundstock der Haftungsmasse im Sinne des Senatsurteils vom 9. Februar 1981 (II ZR 38/80, WM 1981, 761) gehört.

Sinn und Zweck einer solchen Regelung fordern weiter, daß der einzelne stille Gesellschafter einen etwaigen Schadensersatzanspruch wegen Verlusts der Einlage nicht zum Nachteil der Gläubiger der Bank geltend macht und insoweit ebenfalls hinter die Forderungen der übrigen Gläubiger zurücktritt. Auch ein etwaiger Schadensersatzanspruch der Kläger wegen Verlusts der Einlage ginge nur auf die Wiederherstellung einer Einlage, die den Gläubigern zur Verfügung steht.

2. a) Die Klägerin zu 3 stützt ihren Antrag, eine Forderung von 15.000 DM zur Konkurstabelle festzustellen, auch auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschluß. Die Bank sei vor Abschluß des stillen Gesellschaftsvertrages vom 2. März 1979 zur Aufklärung dahin verpflichtet gewesen, daß der Entzug der Bankerlaubnis gedroht habe und die Anlagepolitik der Bank ein-

seitig auf den Kauf langfristiger festverzinslicher Wertpapiere ausgerichtet gewesen sei, so daß mit der in der zweiten Hälfte 1978 eingetretenen Änderung in der Zinsentwicklung auf dem Kapitalmarkt die Leistung einer stillen Einlage mit einem erhöhten Risiko verbunden gewesen sei. Weil die Bank das verschwiegen habe, müsse sie die verlorene Einlage zurückerstatten, und der Konkursverwalter könne sich nicht auf den vereinbarten Rücktritt ihres Einlage-Rückzahlungsanspruchs hinter die Forderungen sonstiger Gläubiger berufen.

b) Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß unter anderem aus folgenden Gründen verneint: Aus einer im Januar 1978 vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen ausgesprochenen Verwarnung der Bank wegen ihrer einseitigen Anlagepolitik könne die Klägerin nichts für sich herleiten, weil diese Rüge ohne Weiterungen geblieben sei. Der Prüfungsverband deutscher Banken, der in einem Schreiben vom 25. April 1978 die Geschäftsstruktur der Bank als recht ungewöhnlich bezeichnet und um Äußerung gebeten habe, welche geschäftliche Konzeption für den Fall vorgesehen sei, daß der Kapitalmarktzins wieder ansteige, habe sich mit der Antwort der Bank vom 9. Mai 1978 - mit dem diese die eingeschlagene Geschäftspolitik verteidigt hat - zufrieden gegeben. Eine Verpflichtung der Bank, die Klägerin zu 3 vor Abschluß des stillen Gesellschaftsvertrages besonders darauf hinzuweisen, daß die Anlagepolitik der Bank, insbesondere die einseitige Ausrichtung ihres Anlagegeschäfts, ein erhöhtes Risiko für das Schicksal der stillen Einlage bedeute, könne nicht angenommen werden. Denn einerseits habe die Klägerin nicht

geltend gemacht, daß sie nach der Art der Verwendung ihrer Einlage gefragt habe, andererseits sei der Umfang der Wertpapierkäufe der Bank in den Geschäftsberichten erwähnt worden.

c) Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

Aus ihnen ergibt sich insbesondere nicht, daß die Bank damit gerechnet hat oder auch nur damit rechnen mußte, das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen werde ihrem Geschäftsführer die Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften entziehen. Bei den vom Berufungsgericht festgestellten Umständen ist es auch als ausreichend anzusehen, daß das mit der Einlage verbundene Risiko aus den von der Bank erstellten und - auch den Anlageinteressierten - offengelegten Bilanzen und Geschäftsberichten für die Jahre 1977 und 1978 eindeutig hervorging. Die Bilanz und der Geschäftsbericht 1977 legen dar, daß die verfügbaren Mittel fast ausschließlich in festverzinslichen Wertpapieren angelegt worden sind und nicht die Absicht bestehe, das 1977 weiter abgebaute Kreditgeschäft zu forcieren. Die Bilanz und der Geschäftsbericht 1978 lassen ebenfalls die einseitige Ausrichtung der Anlagepolitik erkennen. Im Geschäftsbericht heißt es z. B.:

"Die zugeflossenen Mittel wurden wiederum in vollem Umfange in lombardfähigen Anleihen der öffentlichen Hand sowie von Kreditinstituten angelegt. Der Bestand an festverzinslichen Wertpapieren hat sich demgemäß ... mehr als verdoppelt. Die festverzinslichen Werte dienen der langfristigen Anlage."

Entgegen der Auffassung der Revision war es deshalb nicht geboten, bei den Vertragsverhandlungen selbst auf die einseitige Anlagepolitik und das mit ihr verbundene Risiko hinzuweisen.

II. Die Verurteilung des Klägers zu 5, an den Beklagten den am 28. Februar 1979 zurückerhaltenen Einlagebetrag von 100.000 DM nebst Zinsen zurückzuzahlen, hält das Berufungsgericht nach § 342 HGB für begründet. Die Rückgewähr sei aufgrund einer am 24. Januar 1979 - also innerhalb der Jahresfrist des § 342 Abs. 1 HGB - getroffenen Vereinbarung erfolgt und von dem Beklagten zu Recht angefochten worden. Der Kläger zu 5 habe nicht bewiesen, daß der Konkurs durch Tatsachen verursacht worden sei, die erst nach dieser Vereinbarung eingetreten seien.

Hiergegen wendet sich die Revision mit der Begründung (§ 342 Abs. 2 HGB), der Konkurs habe seinen Grund darin, daß das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen nach der Vereinbarung und der Rückzahlung - am 30. April 1979 - die Bankerlaubnis entzogen und die Abwicklung angeordnet habe; erst dadurch sei die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der Bank eingetreten. Sie kann damit schon deshalb keinen Erfolg haben, weil die Maßnahmen des Bundesaufsichtsamts und der dadurch ausgelöste Konkurs dadurch verursacht worden sind, daß die Bank lange Zeit vor der Vereinbarung über die Rückgewähr der Einlage eine einseitige Anlagenpolitik betrieben hat und das damit verbundene Risiko sich seit Mitte 1978 verwirklichte. Der Umstand, daß die Bank am 24. Januar 1979 möglicherweise nicht überschuldet oder zahlungsunfähig war, steht damit der Würdigung des Berufungsgerichts nicht entgegen, der Kläger habe den ihm obliegenden Beweis dafür, daß der

Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung der Rückgewähr eingetreten sind, nicht geführt.

III. Die Verpflichtung des Klägers zu 5, den für 1979 am 31. Januar 1979 gezogenen Gewinn von 80.250 DM zurückzuzahlen, bejaht das Berufungsgericht mit der Begründung, es habe sich um eine Gewinnvorauszahlung gehandelt, die ohne rechtlichen Grund erfolgt sei, weil die Bank 1979 keinen Gewinn erzielt habe.

Die Revision meint demgegenüber, die Zahlung der 80.250 DM finde ihre Rechtsgrundlage darin, daß der Gesellschaftsvertrag dem Kläger zu 5 eine gewinnunabhängige Mindestverzinsung seiner Einlage von 12 % garantiert habe. Sie verkennt insoweit jedoch den Wortlaut und Sinngehalt der von ihr zitierten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (§ 2 b und § 4 Abs. 2) und den Zusammenhang, in den diese Vorschriften gestellt sind.

In § 2 b des Gesellschaftsvertrages heißt es zwar, der stille Gesellschafter erhalte "mindestens 12 % p. a. aus seiner Einlage". Aus dem Ausgangssatz der Regelung des § 2, wonach der stille Gesellschafter "am Gewinn der GmbH wie folgt teilnimmt", und den Bestimmungen über die Zahlungsmodalitäten des § 4, die wiederum darauf hinweisen, daß es sich hierbei um einen "Vorschuß auf den Jahresgewinn" (§ 4 Abs. 1) bzw. um Vorschußzahlungen auf den "Gewinnanteil nach § 2" (§ 4 Abs. 2) handelt, ergibt sich jedoch im Ergebnis eine Bestätigung der Auffassung des Berufungsgerichts. Daß der Anspruch auf "mindestens 12 % p. a." die Erzielung eines Gewinnes voraussetzt, folgt letztlich daraus, daß der Kläger zu 5 in voller Höhe an einem Verlust teilnimmt und

die Regelung des § 2 b - wie sich aus dem Zusammenhang ergibt - einen Ausgleich dafür darstellt, daß der stille Gesellschafter insgesamt gesehen, nur einen "Anspruch auf 50 % des Gewinnes hat, der auf einen gleichhohen GmbH-Anteil entfallen würde".

B.

Die Revision des Beklagten ist begründet.

I. Den Antrag der Widerklage, den Kläger zu 5 zur Rückzahlung des für 1978 bezogenen Gewinnes in Höhe von 90.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen, hält das Berufungsgericht für unbegründet, weil die Auszahlung des Gewinnanteils auf der festgestellten und bestätigten Bilanz zum 31. Dezember 1978 beruht habe, die einen Gewinn von rund 380.000 DM ausgewiesen habe, und der beklagte Konkursverwalter nicht berechtigt gewesen sei, diese Bilanz nachträglich zu ändern.

Dem kann nicht gefolgt werden. Nach dem stillen Gesellschaftsvertrag ist davon auszugehen, daß die dem Kläger zu 5 zukommenden Gewinn- oder Verlustanteile auf der Grundlage der Bilanzen der GmbH zu errechnen sind. Dementsprechend ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, daß mit der Feststellung und Bestätigung der Bilanz vom 16. Januar 1979 und ihrer Anerkennung durch den Kläger das Recht des Klägers auf den hier infrage stehenden Gewinn von 90.000 DM entstanden ist; die Bilanz wies einen Gewinn von 380.966 DM aus. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist jedoch diese Bilanz als nichtig anzusehen und anzunehmen, daß 1978 kein Gewinn erwirtschaftet worden ist, vielmehr erhebliche Verluste entstanden sind. Der Kläger zu 5 ist deshalb ver-

pflichtet, das aufgrund dieser Bilanz Erlangte wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückzuzahlen.

1. Der Jahresabschluß einer GmbH, um den es hier geht, ist in entsprechender Anwendung des § 256 Abs. 5 AktG mit Rücksicht auf den gebotenen Gläubigerschutz jedenfalls dann nichtig, wenn eine Überbewertung dahin vorliegt, daß sie den Grundsätzen ordnungsgemäßer Bilanzierung widerspricht und ihrem Umfange nach nicht bedeutungslos ist (vgl. Schilling/Zutt in Hachenburg, 7. Aufl. Anh. § 47 Rdn. 68 m. w. N.; Scholz/Karsten Schmidt, 6. Aufl. § 46 Anm. 39). Das ist hier der Fall.

a) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Bilanzansätze in der vom Konkursverwalter am 18. Juli 1979 zum 31. Dezember 1978 neu aufgestellten Bilanz, die anstelle des ursprünglich ausgewiesenen Gewinns von 380.966 DM zu einem Verlust von 2.207.233 DM kommt, der Beurteilung zugrunde gelegt werden können. Die Nichtigkeit der Bilanz vom 16. Januar 1979 ergibt sich jedenfalls daraus, daß entgegen den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung in erheblichem Umfange gebotene Rückstellungen für Verluste aus schwebenden Geschäften - für Terminkontrakte aus dem Jahre 1978 über 6 %ige Bundesanleihen von nom. 34,5 Mio. DM zum Durchschnittskurs von 99,69 %, die am 31. März 1979 übernommen werden mußten - nicht gebildet worden sind. Die Bildung solcher Rückstellungen ist nach § 25 a KWG in Verbindung mit § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (PublG), §§ 149, 151, 152 (insbes. § 152 Abs. 7) AktG nicht nur als zulässig, sondern als zwingend anzusehen.

b) Die Vermögens- und Finanzlage der Bank war - worauf diese selbst in ihren Geschäftsberichten hingewiesen hat - dadurch gekennzeichnet, daß sie ihr Vermögen fast ausschließlich in festverzinslichen Wertpapieren mit einer Laufzeit von vier Jahren und länger angelegt hatte. Außerdem bestand zum 31. Dezember 1978 - wie vorstehend dargelegt - die Verpflichtung, weitere 6 %ige Bundesanleihen mit 15jähriger Laufzeit über nom. 34,5 Mio. DM zum 31. März 1979 zu einem Kurs von über 99 % abzunehmen. Von den am 31. Dezember 1978 vorhandenen Wertpapieren (117,358 Mio. DM) hat sie in der Bilanz 26,419 Mio. DM dem Anlagevermögen zugeordnet und mit den Anschaffungspreisen bewertet. Von dem übrigen Wertpapierbestand hat sie mit Rücksicht auf die negative Kursentwicklung seit Mitte des Jahres 1978 Abschreibungen von 0,762 Mio. DM vorgenommen. Diese Vermögenswerte waren im wesentlichen durch kurz- und mittelfristige Bankengelder und Nichtbankengelder finanziert; in Höhe von 16 Mio. DM hatten diese eine Laufzeit von weniger als drei Monaten und nur in Höhe von 27,5 Mio. DM eine solche von vier Jahren und länger, die Spareinlagen mit gesetzlicher Kündigungsfrist beliefen sich auf 9,3 Mio. DM, die sonstigen Spareinlagen auf 4,05 Mio. DM.

Die Finanzstruktur mit einer nach Laufzeit und Verzinsung auf mehrere Jahre festgelegten Aktivseite und einer nur zu einem geringen Teil fristengleichen Passivseite wirft die Frage auf, ob dem damit verbundenen besonderen Kurs- und Zinsänderungsrisiko nicht auch bilanzmäßig in besonderer Weise - in Form von Abschreibungen und Wertberichtigungen oder durch Zugrundelegung des Niederstwertprinzips jedenfalls insoweit, als die langfristigen Wertpapiere nicht laufzeitadäquat refinanziert sind und gemessen an den Refinanzierungskosten keine ausreichenden

Zinsen abwerfen - Rechnung getragen werden muß. Wäre dies zu bejahen, müßte die vorliegende Bilanz entgegen der Auffassung der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, die den vorliegenden Jahresbericht geprüft und bestätigt hat, und des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen (vgl. dessen Schrb. v. 19. 9. 1979 - Anl. 3/GA 95), schon wegen Überbewertung der mit 117,358 Mio. DM ausgewiesenen Anleihen und Schuldverschreibungen als nichtig angesehen werden; über die von der Bank vorgenommenen Abschreibungen in Höhe von 762.000 DM hinaus hätte auch ein großer Teil der weiteren Abschreibungen von 956.000 DM berücksichtigt werden müssen, die der Konkursverwalter auf der Grundlage des niedrigeren Kurswertes zum 31. Dezember 1978 errechnet hat. Diese Frage bedarf hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung.

Zum Bilanzstichtag und bei der Bilanzaufstellung und -feststellung stand nämlich weiterhin fest, daß sich Leistung und Gegenleistung, die nach dem am 31. März 1979 zu erfüllenden Termingeschäft über den Kauf der nominal 34,5 Mio. DM Bundesanleihen zu erbringen waren, wegen des inzwischen gestiegenen - und weiter steigenden - Zinsniveaus nicht mehr gleichwertig gegenüberstanden und demgemäß der Bank erhebliche Verluste drohten. Die Mitte 1978 eingetretenen Zinssteigerungen und die Ende 1978/Anfang 1979 anhaltenden Zinssteigerungstendenzen machten es angesichts der dargelegten Umstände notwendig, jedenfalls den Verlust zurückzustellen, der sich bei Zugrundelegung der zum Bilanzstichtag vorliegenden Daten ergab. Insoweit mag es allerdings zweifelhaft sein, ob der Betrag von 1,633 Mio. DM, der sich errechnet, wenn die zum 31. Dezember 1978 festzustellende Kursdifferenz berücksichtigt wird, in vollem Umfange eingesetzt werden mußte. Bei Berücksichtigung der Fälligkeits-

struktur und des Zinsniveaus der zum Bilanzstichtag vorhandenen Aktiva und Passiva war es jedenfalls geboten, einen wesentlichen Teil des so errechneten Betrages von 1,633 Mio. DM zurückzustellen. Im Hinblick darauf, daß schon der überwiegende Teil der bereits angeschafften Wertpapiere nicht laufzeitadäquat refinanziert war und - gemessen an den Refinanzierungskosten - keine ausreichende Verzinsung aufwies, muß davon ausgegangen werden, daß die erforderlichen Rückstellungen zum Ausweis eines Verlusts - anstelle des Gewinnes von 380.966 DM - geführt hätten. Die Unterlassung jeglicher Rückstellungen und die damit eingetretene Überbewertung führt demgemäß zur Nichtigkeit des Jahresabschlusses 1978.

2. Aus alledem folgt, daß der Kläger zu 5 die hier infrage stehenden 90.000 DM ohne rechtlichen Grund erlangt hat und nach § 812 ff BGB zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet ist.

II. Das angefochtene Urteil kann auch keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht dem Antrag der Klägerin zu 1 stattgegeben hat, den nach der Bilanz zum 31. Dezember 1978 auf sie entfallenden Gewinnanteil von 3.629,50 DM zur Konkurs-tabelle festzustellen. Nach den Ausführungen zu B I 1 ist diese Bilanz als nichtig anzusehen und davon auszugehen, daß kein Gewinn, sondern ein Verlust erwirtschaftet worden ist. Die Klage der Klägerin zu 1 ist deshalb auch insoweit abzuweisen.

C.

Der Kläger zu 5 hat gegen die dem Beklagten zuerkannten Forderungen von 100.000 DM (Rückzahlung eines Teils der Ein-

lage), 80.250 DM (Rückzahlung des für 1979 gezogenen Gewinnes) und 90.000 DM (Rückzahlung des für 1978 gezogenen Gewinnes) hilfsweise die Aufrechnung mit seinen angeblichen Schadensersatzforderungen wegen Verlusts der stillen Einlage erklärt. Er kann auch damit nicht durchdringen. Aus den Ausführungen zu A I ergibt sich, daß der Kläger zu 5 nach den getroffenen Vereinbarungen mit einem etwa entstandenen Schadensersatzanspruch hinter die übrigen Gläubiger zurückzutreten hat und diesen deshalb im Konkursverfahren nicht geltend machen darf. Damit ist ihm auch die Aufrechnung mit dieser Forderung versagt.

Stempel

Dr. Schulze

Dr. Kellermann

Richter am
Bundesgerichts-
hof Bundschuh
kann urlaubs-
halber nicht
unterschreiben.

Brandes

Stempel