

BUNDESGERICHTSHOF

74

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 355/89

URTEIL

Verkündet am:
12. Dezember 1990
Hochstein,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma AMK A [REDACTED] M [REDACTED] GmbH i.L., vertreten durch den
Liquidator Franz H [REDACTED], O [REDACTED] Straße [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

Renate H [REDACTED], V [REDACTED], B [REDACTED]-G [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 1990 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Brunotte, Dr. Paulusch, Groß und Dr. Beyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 17. November 1989 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

- 3 -

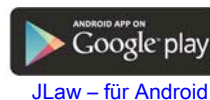
Tatbestand:

Die Klägerin war seit 1978 Alleineigentümerin des Anwesens O [REDACTED] Straße [REDACTED] in K [REDACTED]-M [REDACTED]. Durch Betriebsüberlassungsvertrag vom 2. Januar 1979 verpachtete sie das Grundstück samt Inventar an die Beklagte, die damals noch als "Gebrüder T [REDACTED] GmbH" firmierte und Neu- und Gebrauchtwagen der Marken Volkswagen und Audi verkaufte und reparierte. An der GmbH waren die Klägerin mit 95 % und ihr Ehemann mit 5 % der Gesellschaftsanteile beteiligt. Ende 1983 trat Klaus B [REDACTED] als weiterer Gesellschafter ein; sein Anteil belief sich auf 55 %. Im Zusammenhang mit der Aufnahme des B [REDACTED] in die Gesellschaft schlossen die Klägerin, die Beklagte und die S [REDACTED]sparkasse K [REDACTED] einen Vertrag, durch den die erheblichen Liquiditätsschwierigkeiten der Beklagten verringert werden sollten. Aufgrund dieses Vertrages verzichtete die Klägerin für die Zeit ab 1. Dezember 1983 auf den monatlichen Pachtzins in Höhe von 9.500 DM zuzüglich Mehrwertsteuer bis zu einem Gesamtbetrag von 200.000 DM.

Im Sommer 1984 wurden die Klägerin und ihr Ehemann, der zugleich als Geschäftsführer der GmbH tätig war, aus der Gesellschaft ausgeschlossen. Nachdem es in der Folgezeit zwischen den Parteien zu Auseinandersetzungen u.a. über die Höhe des Pachtzinses und die Fortführung der Firma "Gebrüder T [REDACTED] GmbH" gekommen war, kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 10. Oktober 1986 den Betriebsüberlassungsvertrag vom 2. Januar 1979. Ihr Räumungsverlangen erledigte



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



sich dadurch, daß der Gesellschafter B [REDACTED] gemeinsam mit drei anderen Personen in einem beim Amtsgericht Köln durchgeführten Zwangsversteigerungsverfahren am 20. August 1987 das Eigentum an dem Betriebsgrundstück erwarb. Die Firma der Beklagten wurde im November 1987 in "AMK A [REDACTED] M [REDACTED] GmbH" geändert.

Im vorliegenden Verfahren hat die Klägerin zunächst u.a. rückständigen Pachtzins in Höhe von 791.942,50 DM geltend gemacht. Soweit diese Forderung auf ein Pachtzinserhöhungsverlangen der Klägerin gestützt war, hat die Beklagte dessen Berechtigung und Wirksamkeit bestritten und ihrerseits eine Herabsetzung des ursprünglich vereinbarten Pachtzinses wegen mehrerer Mängel der Pachtsache verlangt. Im übrigen hat sie mit Gegenforderungen wegen unzulässiger Privatentnahmen der Klägerin und ihres Ehemannes sowie wegen der Aufwendungen, die ihr angeblich durch die Errichtung einer Ausstellungshalle auf einem hinzugemieteten Nachbargrundstück entstanden sind, aufgerechnet. Der Aufrechnung ist die Klägerin unter Hinweis auf § 3 Nr. 5 des Betriebsüberlassungsvertrages, wonach die Aufrechnung mit Gegenforderungen nur zulässig ist, soweit diese unbestritten sind, entgegengetreten.

Das Landgericht hat mit Teilurteil vom 3. Februar 1989 über die Pachtzinsforderung entschieden und der Klage insoweit in Höhe von 433.228,50 DM stattgegeben. Die Aufrechnung der Beklagten hat es wegen des vertraglichen Aufrechnungsverbotes als unwirksam angesehen. Das Oberlandesgericht hat das Pachtzinsverlangen der Klägerin lediglich in Höhe von 226.888,50 DM für begründet gehalten und die Klage im

übrigen abgewiesen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Ziel der völligen Klageabweisung weiter. Sie greift das Berufungsurteil insoweit an, als das Oberlandesgericht die Aufrechnung nicht hat durchgreifen lassen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Gegenüber den Pachtzinsansprüchen der Klägerin könne die Beklagte nur mit solchen Ansprüchen aufrechnen, die ihr gegen die Klägerin persönlich, nicht gegen den Ehemann der Klägerin zustünden. Dies seien nur die Aufwendungen für die Ausstellungshalle und die Vorschüsse für verschiedene Instandsetzungsarbeiten. Zwar könne die Beklagte nach § 5 Nr. 1 Abs. 2 des Betriebsüberlassungsvertrages Ersatz der Kosten für die Ausstellungshalle fordern. Sie habe jedoch nicht schlüssig dargelegt, daß ihr die geltend gemachten Aufwendungen tatsächlich entstanden seien. Die Beklagte habe weder die genannten Rechnungen noch ein Schreiben der VAG über die Notwendigkeit der neuen Halle vorgelegt. Anhand des sehr pauschalen Vortrages der Beklagten könne nicht geprüft werden, ob die durchgeführten Maßnahmen tatsächlich den Anforderungen der VAG entsprächen. Die geltend gemachten Leasingraten für die Halle seien in den Bilanzen für 1985 und

1986 nicht zu finden. Die Vernehmung der hierzu benannten Zeugen sei prozessual unzulässig, da sie darauf hinausliefe, von diesen Zeugen zunächst den zur schlüssigen Darstellung notwendigen Sachverhalt zusammentragen zu lassen. Die aufgeführten Beträge für Instandsetzungsarbeiten könne die Beklagte deshalb nicht verlangen, weil sie - nachdem ihr Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse abgelehnt worden sei - als werbende Gesellschaft zu existieren aufgehört habe und nicht ersichtlich sei, daß diese Baumaßnahmen zur Durchführung der Liquidation noch erforderlich seien. Die angeblich unzulässigen Entnahmen, deren Rückerstattung die Beklagte verlange, seien durch den Ehemann der Klägerin als Geschäftsführer der Beklagten erfolgt; es fehle jeder substantiierter Vortrag darüber, daß die Klägerin diese Entnahmen veranlaßt oder daß sie persönlich das Geld bekommen habe. Da mithin sämtliche von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Ansprüche nicht begründet seien, könne dahingestellt bleiben, ob das Aufrechnungsverbot des § 3 Nr. 5 des Betriebsüberlassungsvertrages angesichts der Zahlungsunfähigkeit beider Parteien noch eingreife.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht durfte schon nicht offenlassen, ob das in dem Betriebsüberlassungsvertrag vom 2. Januar 1979 enthaltene Aufrechnungsverbot der Aufrechnung der Beklagten entgegensteht oder nicht.

Wird mit einer Gegenforderung aufgerechnet, so ist die Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig (§ 322 Abs. 2 ZPO). Eine solche aberkennende Entscheidung liegt nicht nur dann vor, wenn das Gericht die Gegenforderung aus materiell-rechtlichen Gründen nicht durchgreifen läßt, sondern u.U. auch dann, wenn die Aufrechnung aus prozessualen Gründen scheitert, insbesondere wegen Verspätung tatsächlichen Vorbringens (§ 296 ZPO) oder wegen fehlender Substantiierung (BGHZ 33, 236, 242; BGH, Urteil vom 7. Mai 1987 - VII ZR 158/86 = WM 1987, 1086). Dagegen ergreift die Rechtskraft die Gegenforderung nicht, falls das Gericht die Aufrechnung wegen eines Aufrechnungsverbotes für unzulässig hält. An einer rechtskraftfähigen Entscheidung fehlt es auch dann, wenn das Gericht die Zulässigkeit der Aufrechnung offenläßt (BGH, Beschluß vom 25. Mai 1988 - VIII ZR 18/88 = BGHR, ZPO § 322 Abs. 2, Hilfsaufrechnung 3 = NJW 1988, 3210 = WM 1988, 1322; Zöllner/Vollkommer, § 322 Rdnr. 19). Zweifel hierüber können aber auftreten, wenn das Gericht in einem solchen Fall die Gegenforderung als jedenfalls unbegründet bezeichnet.

Die Verfahrensweise des Oberlandesgerichts führt zu Unklarheiten über den Umfang der Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 2 ZPO. Dieser Mangel ist von Amts wegen zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 10. Juli 1961 - VIII ZR 64/60 = LM ZPO § 33 Nr. 5; BGH, Beschluß vom 25. Mai 1988 - VIII ZR 18/88 aaO).

2. Über die Geltung eines vertraglichen Aufrechnungsverbot es kann der erkennende Senat selbst entscheiden. Weiterer Sachaufklärung bedarf es nicht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Klägerin "praktisch zahlungsunfähig"; die Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, die Klägerin sei vermögenslos und habe Schulden in Millionenhöhe. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, wie die Beklagte die von ihr geltend gemachten Forderungen jemals in anderer Weise als durch Aufrechnung realisieren könnte. Das vertragliche Aufrechnungsverbot würde infolge des nachträglichen Vermögensverfalls der Klägerin zu einem endgültigen Forderungsverlust führen. In einem solchen Fall verstößt es gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn sich die Klägerin trotz eigener Zahlungsunfähigkeit auf das Aufrechnungsverbot beruft (BGH, Urteile vom 2. Dezember 1974 - II ZR 132/73 = NJW 1975, 442; vom 6. März 1975 - III ZR 137/72 = WM 1975, 614; vom 12. Oktober 1983 - VIII ZR 19/82 = NJW 1984, 357; vom 26. Februar 1987 - I ZR 110/85 = BGHR, BGB § 387, Aufrechnungsverbot 1 = NJW-RR 1987, 883, 884). Besondere Umstände, die ausnahmsweise ein Fortgelten des Aufrechnungsverbot es auch für den Fall der Insolvenz der Klägerin rechtfertigen könnten (vgl. BGH, Urteil vom 19. September 1988 - II ZR 362/87 = BGHR BGB § 387, Aufrechnungsverbot 3 = WM 1988, 1592 = ZIP 1988, 1340, 1341 f), sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

3. Ist die Aufrechnung mithin zulässig, so kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf an, ob der Be-

34
klagten die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen zustehen oder nicht. Die Auffassung der Vorinstanz, es fehle an schlüssigem substantiierten Sachvortrag hierzu, hält einer Nachprüfung nicht stand.

a) Zu Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten bezüglich der Kosten für die Ausstellungshalle in den entscheidenden Punkten übergangen und als nicht ausreichend angesehen.

aa) Soweit das Oberlandesgericht die Vereinbarung in § 5 Nr. 1 Abs. 2 des Betriebsüberlassungsvertrages, wonach die Klägerin zur Durchführung der erforderlichen Baumaßnahmen auf ihre Kosten verpflichtet war, dahin ausgelegt hat, daß diese Bestimmung auch eine Anspruchsgrundlage für den von der Beklagten geltend gemachten Aufwendungsersatz darstelle, handelt es sich um die tatrichterliche Würdigung einer Individualvereinbarung. Die Auslegung wird von der Revision als ihr günstig hingenommen; sie ist jedenfalls vertretbar und deshalb für das Revisionsgericht bindend.

bb) Der Sachvortrag der Beklagten ist weder mangelhaft substantiiert noch unschlüssig. Sie hatte im ersten Rechtszug unter Beweisantritt behauptet, das VW-Werk habe im Jahre 1984 den Bau einer neuen Ausstellungshalle gefordert, andernfalls wäre der Audi-Vertrag gekündigt worden. Die Klägerin habe die notwendigen Maßnahmen aus finanziellen Gründen nicht durchführen können; um die Anforderungen des VW-Werkes zu erfüllen, habe sie, die Beklagte, eine abbaubare Zelthalle geleast, die auf einem gepachteten Nachbar-

grundstück errichtet worden sei und in der nunmehr Gebrauchtwagen präsentiert würden. Für die Höhe der Kosten der begleitenden Baumaßnahmen und der Asphaltierung hat die Beklagte sich auf die Vorlage der Rechnungen sowie auf Zeugenbeweis bezogen. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, die Aufrechnung mit diesen Ansprüchen solle weiterhin geltend gemacht werden. Unschlüssig ist der Einwand nicht, denn die vorgetragenen Tatsachen in Verbindung mit § 5 Nr. 1 Abs. 2 des Betriebsüberlassungsvertrages sind geeignet, den Aufrechnungsanspruch als in der Person der Beklagten entstanden erscheinen zu lassen. Die Klägerin hat hierzu nichts vorgetragen.

Der Vorlage der entsprechenden Rechnungen sowie des Schreibens der VAG zur Frage der Notwendigkeit einer neuen Halle bedurfte es in Anbetracht des konkreten Sachvortrages nicht. Unrichtig ist auch, daß die von den Beklagten für 1985 und 1986 vorgelegten Bilanzen den geltend gemachten Leasingraten von insgesamt 96.148 DM entgegenstehen; aus den Gewinn- und Verlustrechnungen für beide Jahre ergeben sich vielmehr Aufwendungen für Miete und Pacht in Höhe von 65.815,40 DM bzw. 67.274,62 DM, so daß hierin die behaupteten Leasingraten enthalten sein können.

Demgemäß hätte das Berufungsgericht, das das Vorbringen der Beklagten als streitig angesehen hat, die von der Beklagten benannten Zeugen M. [REDACTED] und R. [REDACTED] zu den zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen für die Kosten der Ausstellungshalle vernehmen müssen.

b) Auf die Vorschüsse für Instandsetzungskosten, die die Beklagte noch in den Vorinstanzen gefordert hatte, ist sie in der Revisionsinstanz nicht mehr eingegangen.

c) Zu Unrecht hat das Oberlandesgericht ferner das Vorbringen der Beklagten zu den behaupteten Privatentnahmen der Klägerin als unsubstantiiert behandelt.

aa) Die Revision verweist zu Recht darauf, daß die Beklagte für das Jahr 1982 eine Aufstellung der gebuchten Privatentnahmen der Klägerin, die mit einem Gesamtbetrag von 482.190,21 DM abschließt, erstellt (Schriftsatz vom 9. November 1988, S. 5) und hierzu mit Schriftsatz vom 24. November 1988 Fotokopien von Überweisungsbelegen vorgelegt hatte, die jedenfalls in drei Fällen die Klägerin als Empfängerin ausweisen (Überweisung vom 22. Januar 1982 über 8.513,47 DM, Überweisung vom 25. Januar 1982 über 42.321,50 DM und Überweisung vom 17. Mai 1982 über 38.000 DM).

bb) Das Darlehen in Höhe von 200.000 DM, das die Beklagte im Jahre 1983 - vertreten durch den Ehemann der Klägerin als Geschäftsführer - bei Frau S■■■■-B■■■ aufgenommen hat, wurde nach den Darlegungen der Beklagten zumindest mit einem Teilbetrag von 150.000 DM zur Tilgung von Steuerschulden verwendet, die aus un versteuerten Gebrauchtwagenverkäufen der früheren Gebrüder T■■■■ KG aus den Jahren 1973 - 1978 stammten. In mehreren Schriftsätzen hat die Beklagte zur Entstehung der Steuerschulden sowie zur Aufnahme, Verwendung und Tilgung des Darlehens einschließlich der damit verbundenen Buchungen detaillierte Ausführungen gemacht und Beweise angeboten. Damit hatte sie ihrer Substantiierungspflicht in vollem Umfang genügt. Das Berufungsgericht hätte sich daher, wie die Revision zu Recht beanstandet, mit

dem Vorbringen der Beklagten im einzelnen auseinandersetzen und die angebotenen Beweise erheben müssen. Das Unterlassen dieser Prüfung war verfahrensfehlerhaft, weil das Oberlandesgericht das Tatsachenvorbringen nicht erschöpfend gewürdigt hat (§ 286 ZPO).

cc) Entsprechendes gilt für die weiteren Zahlungen in Höhe von insgesamt 90.609,80 DM, die die Beklagte nach ihrer Behauptung in den Jahren 1979 - 1984 für die Rente der Frau T[REDACTED] geleistet hat. Die Revision rügt insoweit, das Berufungsgericht habe ihr in den beiden Tatsacheninstanzen gebrachtes Vorbringen fehlerhaft nicht gewürdigt; das trifft zu.

Die Beklagte hat bereits in erster Instanz unter Beweisantritt und Vorlage entsprechender Belege ausgeführt, aus dem Vermögen der Beklagten seien seit Juli 1979 per Dauerauftrag zunächst 1.248,80 DM und ab Mai 1983 1.842,50 DM monatlich an Frau T[REDACTED] als Rente gezahlt worden. Dabei habe es sich um eine private Verpflichtung der Klägerin als Erbin gehandelt, weil die Rente ein Vermächtnis der Erblasser - der Brüder T[REDACTED] - gewesen sei. Auf ihre eingehenden Darlegungen hat die Beklagte in der Erwiderung auf die Berufung der Klägerin in zulässiger Weise Bezug genommen. Von mangelnder Substantiierung kann, auch im Hinblick auf die Sachdarstellung der Klägerin, keine Rede sein.

dd) Allerdings hat die Klägerin als ehemalige Gesellschafterin der Beklagten nach Gesellschaftsrecht Leistungen der GmbH auf private Verbindlichkeiten nicht schlechthin zu

erstatten, sondern nur insoweit, als die Zahlungen das Stammkapital verbraucht oder eine bereits bestehende Unterbilanz vertieft haben (§§ 30, 31 GmbHG).

Ob eine Unterbilanz vorliegt, ist auf der Grundlage der für den Auszahlungszeitpunkt fortgeschriebenen Jahresbilanz durch Vergleich der Aktiva mit den echten Passiva zu ermitteln; ist der sich hierbei ergebende Saldo geringer als der Betrag des Stammkapitals, so besteht eine Unterdeckung (Unterbilanz), die Auszahlungen an einen Gesellschafter ohne gleichwertige Gegenleistung unzulässig macht (BGHZ 31, 258, 276; Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl., § 30 Rdnr. 7; Fischer/Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 12. Aufl., § 30 Rdnr. 6 ff; Scholz/H.P. Westermann, GmbHG, 7. Aufl., § 30 Rdnr. 12 ff; Rowedder, GmbHG, 2. Aufl., § 30 Rdnr. 4 ff).

Die Beklagte hat nach ihrem Vorbringen mindestens seit Ende 1981 eine Unterbilanz aufgewiesen. Hierzu wird das Berufungsgericht anhand der von der Beklagten vorgelegten Bilanzen der Jahre 1982-1986, die bereits Gegenstand der mündlichen Verhandlung in der Vorinstanz waren, die notwendigen Feststellungen zu treffen haben.

Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß spätestens im Laufe des Jahre 1981 das Reinvermögen der Beklagten das Stammkapital nicht mehr deckte und Auszahlungen an die Gesellschafter deshalb nicht mehr zulässig waren (§ 30 Abs. 1 GmbHG). Zur Erstattung dieser Leistungen ist die Klägerin gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG jedenfalls insoweit verpflichtet, als die Zahlungen unmittelbar an sie selbst

erfolgt sind (Überweisungen vom 22. Januar 1982, 25. Januar 1982 und 17. Mai 1982 über insgesamt 88.834,97 DM). Empfängerin im Sinne des § 31 Abs. 1 GmbHG ist sie darüber hinaus aber auch in den Fällen, in denen die Beklagte durch Leistungen an Dritte Verbindlichkeiten der Klägerin erfüllt hat (BGHZ 60, 324, 330; BGHZ 81, 365, 368; BGH, Beschluß vom 20. September 1982 - II ZR 268/81 = WM 1982, 1402). Als derartige private Verbindlichkeiten der Klägerin kommen insbesondere die auf dem Nachlaß ruhenden Steuerschulden der Gebrüder T. KG sowie das Vermächtnis zugunsten der Frau T. in Betracht. Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß nur die Klägerin als Erbin für diese Verbindlichkeiten einzustehen hatte (§ 1967 BGB) und eine Haftung der Beklagten - etwa als Rechtsnachfolgerin der früheren KG - ausscheidet. Mit dem der Beklagten zugeflossenen und später von ihr getilgten Darlehen der Frau S.-B. hat die Beklagte die Steuerschulden bezahlt; das ist zwischen den Parteien unstrittig, wie die Revision unter Hinweis auf das beiderseitige Vorbringen zutreffend hervorhebt. Auch die Rente für Frau T. wurde nach dem Vortrag der Beklagten ausschließlich aus ihren Mitteln erbracht. Insoweit wird das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung allerdings die Zeitgrenze des § 30 Abs. 1 GmbHG - erstmaliges Entstehen einer Unterbilanz - besonders zu prüfen haben (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 1987 - II ZR 226/86 = BGHR GmbHG § 30 Abs. 1, Stammkapital 1 = DB 1987, 1782).

III. Die von der Beklagten jetzt noch zur Aufrechnung
gestellten Gegenforderungen in Höhe von insgesamt
329.444,77 DM sind danach geeignet, die Pachtzinsforderung
von 226.888,50 DM, die das Berufungsgericht der Klägerin
zugesprochen hat, in voller Höhe erlöschen zu lassen (§ 389
BGB).

Wolf

Groß

Dr. Brunotte

Dr. Beyer

Dr. Paulusch