



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 229/02

Verkündet am:
22. September 2003
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

GmbHG §§ 30, 31 Abs. 2, 3

- a) Die Erstattung von gemäß § 30 GmbHG verbotenen Auszahlungen ist i.S. von § 31 Abs. 2, 3 GmbHG zur Gläubigerbefriedigung erforderlich, wenn und soweit die GmbH nach den Grundsätzen einer Überschuldungsbilanz (bei Ansatz von Liquidationswerten) überschuldet ist, wobei auch Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten (§ 249 Abs. 1 HGB) zu berücksichtigen sind.
- b) Bei der - auf den Betrag der Stammkapitalziffer begrenzten - Ausfallhaftung eines GmbH-Gesellschafters gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG ist dessen eigener Anteil am Stammkapital nicht abzuziehen (Ergänzung zum Sen.Urt. v. 25. Februar 2002 - II ZR 196/00, BGHZ 150, 61).

BGH, Urteil vom 22. September 2003 - II ZR 229/02 - KG Berlin
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Münke und Dr. Graf

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 11. Juni 2002 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Verwalterin in dem im April 1997 eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der B.-GmbH (im folgenden: Schuldnerin). Ihr Stammkapital von 350.000,00 DM hielten der Beklagte, der zugleich Geschäftsführer war, und seine vier Mitgesellschafter zu gleichen Teilen. In den Jahren 1990/1991 exportierte die im Gebiet der ehemaligen DDR ansässige Schuldnerin Waren, zumeist Computer aus westlicher Produktion, in die ehemalige Sowjetunion und nahm dafür das sog. Transferrubelverfahren in Anspruch. Aus der Konvertierung dieser Verrechnungseinheit erhielt sie von der D. A.bank einen Betrag von knapp 56 Mio. DM. Im Jahr 1994 kündigte ihr die K. (im folgenden: K.) die Rückforderung der ausbezahlten Beträge an, weil die Voraussetzungen für die

Teilnahme am Transferrubelverfahren mit Rücksicht auf die Herkunft der exportierten Waren nicht vorgelegen hätten. Mit Schreiben vom 13. Januar 1995 verlangte die K. von der Schuldnerin Rückzahlung von 36.024.882,03 DM bis spätestens 13. Februar 1995. Nachdem die K. im Jahr 1996 Klage gegen die Schuldnerin auf Zahlung eines Teilbetrages von 5 Mio. DM erhoben und das Landgericht Berlin deren Erfolg in der mündlichen Verhandlung vom 23. September 1996 in Aussicht gestellt hatte, bildete die Schuldnerin erstmals in ihrer am 16. Oktober 1996 erstellten Bilanz für das Geschäftsjahr 1995 eine Rückstellung für das Prozeßrisiko in Höhe von (nur) 50.000,00 DM. Am 28. Oktober 1996 wurde die Schuldnerin antragsgemäß zur Rückzahlung von 5 Mio. DM verurteilt. Sie hat dagegen Berufung eingelegt, über die wegen Unterbrechung dieses Verfahrens infolge Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens (im April 1997) noch nicht entschieden ist.

Die Gesellschafter der Schuldnerin hatten am 15. Dezember 1994 eine Gewinnvorabausschüttung für das Geschäftsjahr 1994 in Höhe von 975.000,00 DM netto bzw. 1,3 Mio. DM brutto beschlossen, wovon die Schuldnerin 195.000,00 DM an den Beklagten und hierauf entfallende Kapitalertragssteuer von 65.000,00 DM an das Finanzamt zahlte. Am 21. November 1995 wurde eine weitere Ausschüttung für 1994 in Höhe von 25.000,00 DM brutto beschlossen, wovon die Schuldnerin an den Beklagten unter Verrechnung mit einer Gegenforderung von 3.043,26 DM den verbleibenden Betrag von 612,99 DM und an das Finanzamt Kapitalertragssteuer von 1.250,00 DM sowie Solidaritätszuschlag von 93,75 DM zahlte. Schließlich beschlossen die Gesellschafter am 4. Dezember 1995 die Auszahlung einer Bardividende von insgesamt 620.000,00 DM brutto, wovon der Beklagte 95.325,00 DM erhielt und 31.000,00 DM Kapitalertragssteuer sowie Solidaritätszuschlag von 2.325,00 DM an das Finanzamt bezahlt wurden. Die Ausschüttungsbeschlüsse sind Gegen-

stand eines Vorprozesses zwischen der (jetzigen) Klägerin als Gesamtvollstreckungsverwalterin und der Schuldnerin gewesen, in dem rechtskräftig festgestellt worden ist, daß die Beschlüsse entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig sind, weil die Schuldnerin unter Berücksichtigung einer gemäß § 249 Abs. 1 HGB gebotenen Rückstellung für die streitige Rückzahlungsforderung der K. überschuldet gewesen sei und daher keinen ausschüttungsfähigen Gewinn aufgewiesen habe.

Im vorliegenden Rechtsstreit nimmt die Klägerin den Beklagten auf Rückzahlung der an ihn geflossenen Gewinnausschüttungen nebst der hierauf von der Schuldnerin gezahlten Steuern in Höhe eines Gesamtbetrages von 393.650,00 DM aus § 31 GmbHG in Anspruch. Zusätzlich begehrt sie die Feststellung, daß der Beklagte für den Fall der Uneinbringlichkeit entsprechender Rückzahlungsforderungen aus § 31 GmbHG gegenüber seinen Mitgesellschaftern gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG verpflichtet sei, 25 % des jeweils nicht zu erlangenden Betrages - höchstens jedoch pro Ausfall 87.500,00 DM - an die Klägerin zu zahlen. Weiter verlangt sie von dem Beklagten Rückzahlung des von ihm für März bis Oktober 1996 bezogenen Geschäftsführergehalts von 28.115,24 DM, das er der Schuldnerin unstreitig zunächst zinslos gestundet, jedoch am 12. November 1996 ausgezahlt erhalten hatte. Zu diesem Zeitpunkt sei die Schuldnerin auf jeden Fall überschuldet gewesen, weshalb der Beklagte insoweit Rückzahlung nach § 64 Abs. 2 GmbHG schulde.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Dagegen richtet sich die - zugelassene - Revision des Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I. Entgegen der Ansicht der Revision schuldet der Beklagte der Klägerin teils gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG, teils gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB Rückzahlung der an ihn ausgeschütteten Gewinne nebst der hierauf gezahlten Steuern.

1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Schuldnerin bei ordnungsgemäßer Bilanzierung zu den jeweiligen Auszahlungszeitpunkten bilanziell überschuldet war, weil sie wegen der von der K. geltend gemachten Forderung auf Rückzahlung der aus dem Transferrubelverfahren (hierzu BGHZ 131, 149; 133, 117) erlangten DM-Beträge gemäß § 249 Abs. 1 HGB eine Rückstellung für diese ungewisse Verbindlichkeit in Höhe von zumindest 5 Mio. DM hätte bilden müssen, durch die das in der Bilanz per 31. Dezember 1994 (noch) ausgewiesene Eigenkapital von knapp 1,5 Mio. DM bei weitem aufgezehrt worden wäre. Eine Rückstellungspflicht gemäß § 249 Abs. 1 HGB besteht gerade auch bei dem Grunde nach ungewissen Verbindlichkeiten jedenfalls dann, wenn ernsthaft mit ihrem Bestand gerechnet werden muß (vgl. Claussen/Korth in: Kölner Komm. z. AktG, 2. Aufl. § 249 HGB Rdn. 6; Kleindiek in: Ulmer, HGB-Bilanzrecht § 249 Rdn. 28 m.w.N.). Maßgeblich ist insoweit, ob der Bilanzierungspflichtige bei sorgfältiger Abwägung aller in Betracht zu ziehenden Umstände eine Rückstellungspflicht nicht verneinen durfte (vgl. Sen.Urt. v. 5. Juni 1989 - II ZR 172/88, ZIP 1989, 1324 f.). Auch ein faktischer Leistungszwang kann genügen (vgl. dazu Sen.Urt. v. 28. Januar 1991 - II ZR 20/90, ZIP 1991, 442, 443 f.). Diese Grundsätze widersprechen - entgegen der Ansicht der Revision - nicht der Rechtsprechung des Bundesfi-

nanzhofs, wonach die Verbindlichkeit mit einiger Wahrscheinlichkeit bestehen muß, was dann der Fall ist, wenn mehr Gründe für als gegen das Bestehen und die künftige Inanspruchnahme der Verbindlichkeit sprechen (BFH, Urt. v. 2. Oktober 1992 - III R 54/91, DB 1993, 204; Urt. v. 30. Januar 2002 - I R 68/00, DB 2002, 871).

a) Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, daß die von der K. im Jahr 1994 angekündigte und in deren Schreiben an die Schuldnerin vom 13. Januar 1995 erhobene Rückzahlungsforderung auf einer sowohl im Schrifttum als auch mehrfach von Land- und Oberlandesgerichten vertretenen Rechtsauffassung beruhte. Insbesondere das Kammergericht in Berlin hatte bereits in einem (in KG-R Berlin 1994, 196 veröffentlichten) Urteil vom 5. Oktober 1993 (14 U 56/92) die Auffassung vertreten, daß das Transferrubelverfahren systemimmanent ausschließlich dem Handel mit innerhalb der RGW-Staaten hergestellten Waren vorbehalten gewesen sei und den Re-Export von zu diesem Zweck eingeführten Waren aus westlicher Produktion nicht miteinfaßt habe (ebenso KG, Urt. v. 7. November 1994, KG-R Berlin 1995, 128; vgl. auch KG, Urt. v. 12. Dezember 1997 - 9 U 8359/94 mit Nichtannahmebeschl. des BGH v. 1. Dezember 1998 - XI ZR 82/98; Brandt, WM 1992, 1745; a.A. Budde/Flüh, ZIP 1992, 369; dieselben EWiR, § 330 ZGB 1/92, 711). Entgegen der Behauptung der Revision war und ist diese Rechtsprechung für den vorliegenden Fall durchaus einschlägig und hatte sich in den Jahren 1994 und 1995 schon so weit verfestigt, daß die Rückzahlungsforderung der K. gegenüber der Schuldnerin damals jedenfalls nicht als "abwegig", sondern ihr Bestehen eher als wahrscheinlich einzustufen war. Ob die Schuldnerin diese Rechtsprechung kannte, ist für ihre Rückstellungspflicht unerheblich, weil diese nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist (Sen.Urt. v. 28. Januar 1991 aaO, S. 444).

b) Entgegen der Ansicht der Revision durfte die Schuldnerin (B.-GmbH) das Rückzahlungsverlangen der K. nicht mit Rücksicht auf die ihr angeblich erteilten staatlichen Genehmigungen für die Teilnahme am Transferrubelverfahren als offensichtlich haltlos betrachten und daher von der Rückstellung absehen. Die Revisionserwiderung weist zu Recht darauf hin, daß der Antrag der Schuldnerin an das Wirtschaftsministerium der DDR vom 14. Mai 1990 auf Genehmigung einer "Außenhandelstätigkeit für Büroausstattungen" keinen Hinweis auf den beabsichtigten Re-Export von Westwaren enthalte. Infolgedessen konnte die Schuldnerin aus dem allgemein gehaltenen Antwortschreiben des Ministerrats vom 17. Mai 1990 ("keine Einwände") keinen Vertrauenstatbestand hinsichtlich einer staatlichen Zulassung zur Teilnahme am Transferrubelverfahren (zu diesem Erfordernis vgl. BGHZ 133, 117, 123 ff.) für die durchgeführten Geschäfte herleiten. Soweit die Revision geltend macht, die einzelnen Exportaufträge der Schuldnerin seien im Wege der Trockensiegelung durch das Wirtschaftsministerium der DDR genehmigt worden, verhilft auch das der Revision nicht zum Erfolg. Der dazu in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat beispielhaft vorgelegte Exportauftrag mit der Endnummer 00025 wird - abgesehen von seiner revisionsrechtlichen Unverwertbarkeit - in dem andere Exportaufträge der Schuldnerin betreffenden Rückforderungsschreiben der K. vom 13. Januar 1995 gar nicht erwähnt. Des weiteren übersieht die Revision, daß das - auf einem Betriebsprüfungsbericht der OFD Cottbus vom 12. März 1993 fußende - Rückforderungsschreiben nicht auf das Fehlen trockenversiegelter Exportaufträge und nicht allein auf die Herkunft der exportierten Waren, sondern auch auf verschiedene Unregelmäßigkeiten in der Abwicklung der Geschäfte gestützt ist, wie z.B. Fehlen von Herstellererklärungen, fehlende Übereinstimmung zwischen Genehmigungen und Lieferungen, nicht genehmigte Vertragsänderungen sowie insbesondere Lieferungen nach Abschluß der Aus-

schlußfrist für das Transferrubelverfahren zum 31. Januar 1991. Allein der Wert dieser verspäteten und deshalb den Konvertierungsbedingungen nicht mehr entsprechenden Lieferungen (vgl. Bek. des Bundesamtes für Wirtschaft v. 18. Oktober 1990 i.d.F. der Änderung v. 5. Dezember 1990 BAnz. Nr. 228 v. 8. Dezember 1990, S. 6471, Abschn. D) belief sich nach dem Betriebsprüfungsbericht auf 9,7 Mio. DM, so daß die Schuldnerin mit einer Rückzahlungsverpflichtung zumindest in dieser Höhe - sei es aus § 330 oder aus § 356 ZGB - ernsthaft rechnen mußte. Dies sowie die erheblich weitergehende Zahlungsforderung der K. und die dafür in ihrem Rückforderungsschreiben angeführten Gründe hätten einen sorgfältigen Kaufmann in der Lage der Schuldnerin zu einer Rückstellung von wenigstens 5 Mio. DM veranlaßt.

c) Soweit die Revision meint, eine Rückstellungsverpflichtung bestehe selbst bei Annahme eines Rückforderungsanspruchs der K. deshalb nicht, weil der Schuldnerin dann ein Gegenanspruch auf Erstattung der von der K. eingenommenen XTR-Rubel zustünde, geht dies fehl (vgl. BGHZ 131, 149, 156; BGHZ 133, 117, 126 f.).

2. Nicht zu beanstanden ist weiter die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Schuldnerin die Rückstellung (von mindestens 5 Mio. DM) bereits in die Bilanz für das Geschäftsjahr 1994 hätte aufnehmen müssen. Dabei kann dahinstehen, ob die entsprechende Verpflichtung schon durch die Ankündigung des Rückforderungsanspruchs der K. im Jahr 1994 oder erst mit dessen Konkretisierung im Schreiben vom 13. Januar 1995 ausgelöst wurde. Denn nach § 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB sind bei der Bilanzierung auch wertaufhellende, bis zum Tag der Aufstellung des Jahresabschlusses bekannt gewordene Umstände, die sich auf Gegebenheiten im abgelaufenen Geschäftsjahr beziehen, zu berücksichtigen (vgl. Sen.Urt. v. 28. Januar 1991 aaO, S. 444; BFH, Urt. v. 2. Oktober 1992

aaO). Daß der Jahresabschluß der Schuldnerin für das Jahr 1994 am 13. Januar 1995 noch nicht aufgestellt war, hat das Berufungsgericht von der Revision unbeanstandet festgestellt.

3. a) Bestand sonach eine Rückstellungspflicht der Schuldnerin in Höhe von zumindest 5 Mio. DM spätestens ab Erhalt des Schreibens der K. vom 13. Januar 1995, so wies sie jedenfalls von da an (bei einem bilanzierten Eigenkapital von ca. 1,5 Mio. DM im Jahresabschluß 1994) eine Unterbilanz und eine darüber hinausgehende Überschuldung erheblichen Umfangs auf, mit der Folge, daß die nachfolgenden Ausschüttungen an den Beklagten (und seine Mitgesellschafter) gegen § 30 GmbHG verstießen und daher der Rückforderung gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG unterliegen.

b) Die Ausschüttung vom 15. Dezember 1994 (260.000,00 DM) hat der Beklagte - entgegen der Ansicht der Revision - schon deshalb zurückzuzahlen, weil es sich nach den tatbestandlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils um eine Vorabausschüttung handelte und diese nach einhelliger Ansicht unter dem Vorbehalt der Rückforderung gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Fall eines der Ausschüttung nicht entsprechenden Jahresergebnisses steht (vgl. z.B. Baumbach/Hueck, GmbHG 17. Aufl. § 29 Rdn. 61), das Jahresergebnis der Schuldnerin wegen der erforderlichen Rückstellung aber negativ war. Es kommt deshalb insoweit (anders als im Rahmen des § 30 GmbHG; vgl. dazu Sen.Urt. v. 29. Mai 2000 - II ZR 118/98, WM 2000, 1445 f.) nicht darauf an, ob zur Zeit der Vorabausschüttung eine Unterbilanz vorlag.

4. Entgegen der Ansicht der Revision ist die (in dem Rechtsstreit zwischen der K. und der Klägerin als Gesamtvollstreckungsverwalterin der Schuldnerin) zu treffende Entscheidung über das Bestehen des Rückforde-

rungsanspruchs der K. für die Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit nicht deshalb "vorgreiflich", weil bei rechtskräftiger Verneinung dieses Anspruchs die für ihn zu bildende Rückstellung aufzulösen wäre.

a) Für Ansprüche aus § 31 Abs. 1 GmbHG sind allein die bilanziellen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Auszahlung maßgebend. Liegt danach ein Verstoß gegen § 30 GmbHG vor, so entfällt der Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG durch spätere Auffüllung des Stammkapitals nicht (vgl. Senat, BGHZ 144, 336). Im Fall einer bilanziellen Unterdeckung infolge einer Rückstellung, die erst nach rechtskräftiger Abweisung des zugrundeliegenden Anspruchs mit Wirkung von da an aufzulösen ist (vgl. BFH, Urt. v. 30. Januar 2002 aaO), gilt nichts anderes. Sie ist kein fiktives, sondern ein reguläres, im Rahmen des § 30 GmbHG zu berücksichtigendes Passivum. Die Rückstellung soll in Verbindung mit § 30 GmbHG sicherstellen, daß auch die zur Bedienung ungewisser Verbindlichkeiten (mit einem gewissen Abschlag) ggf. erforderlichen Mittel im Gesellschaftsvermögen verbleiben und nicht an Gesellschafter ausgeschüttet werden. Für eine bilanzielle Unterdeckung ist gleichgültig, ob diese auf Rückstellungen oder auf (sonstigen) Verbindlichkeiten beruht, was sich regelmäßig auch gar nicht monokausal verifizieren läßt. Es würde der sofortigen Fälligkeit des Anspruchs aus § 31 GmbHG widersprechen, wenn die Gesellschaft mit dessen Realisierung im Fall einer ungewissen, in eine Rückstellung eingegangenen Verbindlichkeit zuwarten müßte, bis der Streit darüber rechtskräftig entschieden oder sonstwie zu ihren Gunsten beigelegt ist. In der Insolvenz der Gesellschaft - wie hier - gilt nichts anderes.

b) Der Rückforderungsvorbehalt im Fall einer Vorabausschüttung von Gewinn (wie hier diejenige vom 15. Dezember 1994) ist an das Ergebnis des laufenden Geschäftsjahres gekoppelt und entfällt ebenfalls nicht bei einer Bi-

lanzverbesserung in späteren Jahren, solange die Gesellschafter nicht eine erneute Gewinnausschüttung unter Verrechnung mit der Rückforderung beschließen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts spielt es keine Rolle, ob der Vorabausschüttungsbetrag zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger benötigt wird.

5. Soweit die Rückforderungsansprüche der Klägerin aus § 31 GmbHG resultieren (Ausschüttungen vom 21. November und 4. Dezember 1995), scheitern sie auch nicht, wie die Revision meint, an § 31 Abs. 2 GmbHG.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Beklagte spätestens nach Erhalt des Schreibens der K. vom 13. Januar 1995 nicht mehr gutgläubig im Sinne von § 31 Abs. 2 GmbHG. Die Revision hält dem den vorinstanzlichen Vortrag des Beklagten entgegen, wonach die von der Schuldnerin beauftragten Anwälte und Wirtschaftsprüfer die Forderung der K. für völlig unbegründet erachtet hätten. Abgesehen davon, daß der Beklagte für seine Gutgläubigkeit im Sinne von § 31 Abs. 2 GmbHG beweispflichtig wäre und die Revision keinen Beweisantritt dafür aufzeigt, kommt es darauf nicht an, weil die Klagesumme im Sinne von § 31 Abs. 2 GmbHG zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Dies ist grundsätzlich der Fall, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist. Auch in diesem Rahmen ist - entgegen der Ansicht der Revision - nicht zu entscheiden, ob die in einer Rückstellung berücksichtigte Verbindlichkeit effektiv besteht, was in dem Rechtsstreit über den Anspruch aus § 31 Abs. 2 GmbHG auch gar nicht mit Rechtskraftwirkung gegenüber einem oder u.U. zahlreichen Forderungsprätendenten geschehen könnte. Maßgeblich ist vielmehr auch insoweit eine bilanzielle Betrachtungsweise, und zwar - jedenfalls im hier gegebenen Fall der Insolvenz der Gesellschaft - nach den Grundsätzen einer Überschuldungsbilanz

(§ 19 Abs. 2 Satz 1 InsO), die das Schuldendeckungspotential der Gesellschaft nach Liquidationswerten zeigt, wobei es für § 31 Abs. 2 GmbHG - anders als die Revision offenbar meint - nicht auf den Vermögensstatus zum Zeitpunkt der verbotenen Auszahlung, sondern denjenigen der tatrichterlichen Verhandlung über den Anspruch aus § 31 Abs. 2 GmbHG ankommt (vgl. Scholz/Westermann, GmbHG 9. Aufl. § 31 Rdn. 23). Feststellungen dazu hat das Berufungsgericht zwar nicht getroffen. Das ist aber hier unschädlich, weil Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten, solange bis ihre Erledigung feststeht, aus den dargelegten Gründen auch in einer Überschuldungsbilanz (mit Ansatz von Liquidationswerten) zu berücksichtigen sind (vgl. Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh aaO, Rdn. 13, 25; Kirchhof in: Heidelberger Komm. zur InsO, § 19 Rdn. 24). Da die Schuldnerin nach den auf ihrer Geschäftsbilanz (bei Ansatz von Fortführungswerten) beruhenden Feststellungen des Berufungsgerichts unter Berücksichtigung der Rückstellung bereits Ende 1994 in einem die Ausschüttungen an den Beklagten und seine Mitgesellschafter erheblich übersteigenden Umfang (bilanziell) überschuldet war und nennenswerte stille Reserven weder von der Revision geltend gemacht noch ersichtlich sind, kann von einer zumindest gleich hohen (tatsächlichen) Überschuldung (nach Liquidationswerten) im gegebenen Fall unbedenklich ausgegangen werden.

6. Dahinstehen kann, ob die in dem Rechtsstreit zwischen der Klägerin in ihrer Funktion als Gesamtvollstreckungsverwalterin und der Schuldnerin rechtskräftig festgestellte Nichtigkeit der Ausschüttungsbeschlüsse entsprechend §§ 248 Abs. 1, 249 Abs. 1 AktG auch gegenüber dem Beklagten wirkt (zur Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage eines Insolvenzverwalters vgl. Hüffer, AktG 4. Aufl. § 245 Rdn. 29; K. Schmidt in: Großkomm. z. AktG, 4. Aufl. § 245 Rdn. 37) und die Klägerin ihre Ansprüche daher auch schon auf § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB stützen kann, wie das Berufungsgericht in einer - von der Revisi-

onsenwiderung favorisierten - Hilfsbegründung angenommen hat. Jedenfalls werden die speziellen Regelungen der §§ 30 bis 32 GmbHG auch bei Nichtigkeit eines Ausschüttungsbeschlusses durch § 812 BGB nicht verdrängt (vgl. Scholz/Westermann aaO, § 32 Rdn. 5), wovon auch der Senat in BGHZ 144, 336 implizit ausgegangen ist.

7. Zu Recht hat das Berufungsgericht den Beklagten auch zur Erstattung der von der Schuldnerin für ihn abgeführten Kapitalertragssteuer verurteilt. Steuerschuldner ist insoweit der Beklagte (vgl. § 43 Abs. 1 Nr. 1 EStG). Die Schuldnerin hatte den Abzug gemäß § 44 EStG für seine Rechnung vorzunehmen (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG 17. Aufl. § 29 Rdn. 92). Daß Leistungen der Gesellschaft an einen Dritten für Rechnung eines Gesellschafters unter § 30 GmbHG fallen können, ist anerkannten Rechts (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich aaO, § 30 Rdn. 17 m.N.). Die Rückabwicklung des Steuerrechtsverhältnisses hat im Verhältnis zwischen dem Beklagten und dem Finanzamt zu erfolgen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt.

II. Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter die Ausfallhaftung des Beklagten gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG für den Fall der Uneinbringlichkeit der von der Klägerin gegenüber den Mitgesellschaftern des Beklagten geltend gemachten Erstattungsansprüche aus § 31 Abs. 1 GmbHG festgestellt.

1. Der Feststellungsantrag ist gemäß § 256 ZPO zulässig, was auch die Revision nicht bezweifelt. Das festzustellende Rechtsverhältnis steht zwar unter einer doppelten Bedingung sowohl des Bestehens der Ansprüche der Klägerin aus § 31 GmbHG gegenüber den Mitgesellschaftern des Beklagten als auch der Uneinbringlichkeit dieser Ansprüche. Jedoch kann Gegenstand einer Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO auch ein bedingtes Rechtsverhältnis sein

(vgl. BGHZ 4, 134, st. Rspr.). Das Feststellungsinteresse ergibt sich schon aus der drohenden Verjährung (§ 31 Abs. 5 GmbHG).

2. Der Feststellungsantrag ist auch begründet. Entgegen der Ansicht der Revision hatte das Berufungsgericht auch im Hinblick auf die in § 31 Abs. 3 GmbHG vorausgesetzte Erforderlichkeit des Erstattungsbetrages zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger nicht zu entscheiden, ob die in einer Rückstellung der Schuldnerin zu berücksichtigende Verbindlichkeit gegenüber der K. effektiv besteht. Vielmehr gelten insoweit die obigen Ausführungen (zu 5) entsprechend. Maßgebend ist hier, daß die Überschuldung der in der Insolvenz befindlichen Schuldnerin unter Mitberücksichtigung der streitigen Rückstellung erheblich höher ist als der von dem Beklagten höchstens zu leistende Erstattungsbetrag (unter Einschluß seiner Eigenhaftung gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG).

a) Die Höhe der von dem Berufungsgericht ausgeurteilten Ausfallhaftungsquote des Beklagten beanstandet die Revision nicht. Die antragsgemäße Beschränkung der Ausfallhaftung des Beklagten auf 25 % des von dem jeweiligen Mitgesellschafter nicht zu erlangenden Betrages trägt der paritätischen Beteiligung der fünf Gesellschafter am Stammkapital der Schuldnerin (von 350.000,00 DM) und der anteiligen Haftung des Beklagten bei Ausfall eines von ihnen gemäß § 31 Abs. 3 Satz 1 GmbHG Rechnung, berücksichtigt allerdings nicht die höhere Haftungsquote des Beklagten bei Ausfall mehrerer Mitgesellschafter, was aber den Beklagten nicht beschwert. Die zusätzliche Begrenzung des Feststellungsantrags auf einen vom Beklagten zu zahlenden Höchstbetrag von 87.500,00 DM pro Ausfall, bei Ausfall seiner sämtlichen vier Mitgesellschafter also auf den Betrag des Stammkapitals der Schuldnerin von 350.000,00 DM, entspricht dem Senatsurteil vom 25. Februar 2002 (II ZR 196/00, ZIP 2002, 848) insofern, als danach die Ausfallhaftung des § 31

Abs. 3 GmbHG nicht den gesamten durch Eigenkapital nicht gedeckten Fehlbetrag erfaßt, sondern jedenfalls nach oben hin auf den Betrag der Stammkapitalziffer beschränkt ist. Für eine weitergehende Beschränkung auf den Stammeinlagebetrag des jeweiligen Mitgesellschafters (hier 70.000,00 DM) in Parallele zu § 24 GmbHG (so K. Schmidt, BB 1995, 529, 530 f.; derselbe Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. § 37 III 2 b) besteht wegen des gegenüber § 24 GmbHG ungleich höheren Fehlbetrags in den von § 31 Abs. 3 GmbHG miterfaßten Überschuldungsfällen (dazu Sen.Urt. v. 5. Februar 1990 - II ZR 114/89, ZIP 1990, 451) kein Anlaß (Ulmer, Festschrift 100 Jahre GmbHG, S. 363, 372; offengelassen im Sen.Urt. v. 25. Februar 2002 aaO). Ebenso wenig besteht - wiederum wegen der unterschiedlichen Verhältnisse gegenüber § 24 GmbHG - Anlaß, die Solidarhaftung des Mitgesellschafters auf das Stammkapital abzüglich seiner eigenen Einlage zu beschränken (so aber Lutter/Hommelhoff, GmbHG 15. Aufl. § 31 Rdn. 21). Das gilt erst recht dann, wenn er - wie hier der Beklagte - neben seiner Ausfallhaftung gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG selber die Rückzahlung von seinen Anteil am Stammkapital erreichenden oder übersteigenden Zahlungen gemäß § 31 Abs. 1 GmbHG schuldet. Denn seine Ausfallhaftung gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG würde selbst dann bis zur Höhe der gesamten Stammkapitalziffer reichen, wenn er selber keine nach § 30 GmbHG verbotene Leistung empfangen hätte. Er kann hinsichtlich seiner Ausfallhaftung nicht deshalb besser stehen, weil er seinerseits solche verbotenen Leistungen ebenfalls empfangen hat und deshalb zurückzahlen muß.

b) Davon abgesehen haftet der Beklagte als Geschäftsführer der Schuldnerin gemäß § 43 Abs. 3 Satz 1, 3 GmbHG für sämtliche gegen § 30 GmbHG verstoßenden Ausschüttungen. Von einem Verschulden des Beklagten ist in Anbetracht seiner von dem Berufungsgericht festgestellten Bösgläubigkeit im Sinne von § 31 Abs. 2 GmbHG (vgl. oben I. 5.) sowie deshalb auszugehen,

weil fehlendes Verschulden nicht bewiesen ist (vgl. Sen.Urt. v. 4. November 2002 - II ZR 224/00, ZIP 2002, 2314). Die von dem Berufungsgericht festgestellte Ausfallhaftung bleibt hinter dieser umfassenden Haftung des Beklagten zurück.

III. Zu Recht hat schließlich das Berufungsgericht den Beklagten zur Rückerstattung der von ihm zunächst der Schuldnerin gestundeten und am 12. November 1996 ausbezahlten Geschäftsführergehälter für März bis Oktober 1996 in Höhe von 28.115,24 DM aus § 64 Abs. 2 GmbHG sowie unter dem Gesichtspunkt des Eigenkapitalersatzes verurteilt. Die Schuldnerin war schon aufgrund der in dem Jahresabschluß 1994 gebotenen Rückstellung, erst recht aber nach der von dem Gesellschafter Be. am 4. Dezember 1996 festgestellten Überschuldung von ca. 200.000,00 DM (ohne Rückstellung) und vollends nach Ankündigung und Erlaß des landgerichtlichen Urteils auf Rückzahlung von 5 Mio. DM an die K. für einen außenstehenden Gläubiger nicht mehr kreditwürdig, so daß die "stehengelassenen" Geschäftsführergehälter in Eigenkapitalersatz umqualifiziert wurden und daher dem Auszahlungsverbot des § 30 GmbHG in entsprechender Anwendung unterlagen (vgl. BGHZ 90, 370, 378 ff.).

Zudem war die Schuldnerin spätestens nach Erlaß des landgerichtlichen (vorläufig vollstreckbaren) Urteils konkursreif überschuldet, so daß die Gehaltsauszahlung auch gegen § 64 Abs. 2 GmbHG verstieß.

Röhricht

Kurzwelly

Kraemer

Münke

Graf