



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

II ZR 100/00

Verkündet am:  
4. Februar 2002  
Vondrasek  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhricht und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und Kraemer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision des Drittwiderklägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 15. Februar 2000 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin - eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, an der der Drittwiderkläger zu einem Viertel als Gesellschafter beteiligt war - macht mit der Klage aus eigenem und abgetretenem Recht unstreitige Vergütungsansprüche für steuerberatende Tätigkeit in Höhe von insgesamt 37.952,55 DM gegen die Be-

klagte geltend. Dagegen hat die Beklagte mit einem ihr vom Drittwiderkläger in Höhe von 45.000,00 DM abgetretenen erststelligen Teilbetrag seines - teilweise streitigen - Abfindungsanspruchs gegen die Klägerin die Aufrechnung erklärt und in Höhe eines weiteren Teilbetrages von 4.252,93 DM aus dem abgetretenen Anspruch Widerklage erhoben. Daneben macht der Drittwiderkläger mit seiner Widerklage den nicht abgetretenen Teil seines Abfindungsanspruchs zuletzt in Höhe von 480.450,22 DM nebst Zinsen gegen die Klägerin geltend. Der Drittwiderkläger, dessen Geschäftsanteil an der Klägerin durch - unangefochten gebliebenen - Beschluß seiner drei Mitgesellschafter vom 28. Juli 1997 eingezogen wurde, stützt seinen Abfindungsanspruch auf die für diesen Fall in § 8 der Satzung der Klägerin vorgesehene Abfindungsregelung. Diese lautet - soweit im vorliegenden Rechtsstreit von Bedeutung - wie folgt:

- "1. Die Vergütung regelt sich nach dem Wert der Anteile. Als Wert eines jeden Anteils ist anzusetzen der entsprechende Anteil an der Summe aus Nennwert des eingezahlten Stammkapitals, offenen Rücklage, Bilanzgewinn, soweit er nicht ausgeschüttet wurde, und der anteilige Unternehmenswert gem. Abs. 2; ein Bilanzverlust ist abzuziehen. Dabei ist die Bilanz auf den letzten Bilanzstichtag maßgeblich.
2. Der nach Abs. 1 anzusetzende Unternehmenswert ist für jeden Anteil wie folgt zu berechnen:
  - a) Zunächst ist der Durchschnitt der Umsatzerlöse ... der letzten drei Geschäftsjahre zu bilden ...
  - b) ...
  - c) Zu dem Wert eines Anteils gehören ... sowie die bilanzierte verfallbare Pensionsrückstellung des ausscheidenden Gesellschafters.

3. Die Vergütung zu 2 a und b ist fällig in 2 gleichen Raten, jeweils 3 Monate und 6 Monate nach dem Einziehungsbeschluß gem. § 6 des Vertrages ... Die Vergütung nach Abs. 2 c ist fällig 3 Monate nach dem Ablauf des jeweiligen Geschäftsjahres."

Die Jahresabschlüsse der Klägerin für 1995 und 1996 wurden bislang noch nicht verbindlich festgestellt; jedoch haben die Parteien insoweit die grobenteils unstreitigen Bilanzzahlen des jeweils dritten Entwurfs des Jahresabschlusses für die betreffenden Geschäftsjahre zur Ermittlung der Abfindung des Drittwiderklägers im Prozeß zugrunde gelegt. Der dritte Bilanzentwurf zum 31. Dezember 1996 weist für die Klägerin auf der Basis des - voll eingezahlten - Stammkapitals von 400.000,00 DM, eines Verlustvortrags aus dem Jahre 1995 von 727.145,12 DM und eines Jahresfehlbetrages für 1996 von 129.452,95 DM insgesamt einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 456.598,07 DM aus.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklagen abgewiesen. Auf die Berufungen der Beklagten und des Drittwiderklägers hat das Kammergericht die Klage wegen Durchgreifens der Aufrechnung abgewiesen, der Widerklage der Beklagten in vollem Umfang von 4.232,93 DM nebst Zinsen stattgegeben und auch die Drittwiderklage in Höhe von 479.922,05 DM nebst Zinsen für begründet erachtet; lediglich in Höhe von 528,17 DM hat es sie abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, während der Drittwiderkläger mit seiner unselbständigen Anschlußrevision den abgewiesenen Anteil seines Abfindungsanspruchs weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

Beide Rechtsmittel haben Erfolg und führen insgesamt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Kammergericht.

A. Das Kammergericht ist der Ansicht, dem Drittwiderkläger stehe aus Anlaß der Einziehung seines Geschäftsanteils an der Klägerin eine Abfindung von insgesamt 524.922,05 DM zu. Dieser Betrag setze sich aus dem gemäß § 8 Abs. 2 der Satzung errechneten durchschnittlichen anteiligen Unternehmenswert von 199.047,05 DM, einer für den Drittwiderkläger gebildeten verfallbaren Pensionsrückstellung von 225.875,00 DM (§ 8 Abs. 2 c der Satzung) und dem Nennwert seines Stammkapitalanteils von 100.000,00 DM zusammen. Ein Verlustabzug finde nicht statt, da die Bilanz für 1996 ausgeglichen sei. Der Jahresfehlbetrag von 129.452,95 DM werde dadurch neutralisiert, daß die bilanzierten Aufwendungen für Geschäftsführergehälter in Höhe von 797.272,24 DM (richtig: 797.727,24 DM) um die darin enthaltenen, unstreitig zu Unrecht zugunsten der anderen Gesellschafter geleisteten Tantiemезahlungen in Höhe von 437.727,24 DM zu kürzen seien. Andererseits stehe dem Drittwiderkläger ein über den Nennwert seiner Einlage hinausgehender "Buchwertanteil" von 528,17 DM nicht zu, weil die Satzung dies nicht vorsehe.

B. Diese Beurteilung hält in wesentlichen Punkten den beiderseitigen Revisionsangriffen nicht stand.

## I. Revision der Klägerin

Das Berufungsgericht hat den Abfindungsanspruch des Drittwiderklägers nach § 8 der Satzung der Klägerin in wesentlichen Punkten zum Nachteil der Klägerin falsch ermittelt (1.) und dabei zudem - infolge einer fehlerhaften Beurteilung des Bilanzergebnisses für das Geschäftsjahr 1996 - übersehen, daß ein solcher Anspruch insgesamt dem Einwand des Zahlungsverbots nach §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG ausgesetzt war (2.).

1. a) Im Rahmen der Bewertung des Abfindungsanspruchs des Drittwiderklägers hat das Berufungsgericht allerdings zunächst noch zutreffend den nach § 8 Abs. 1 der Satzung anzusetzenden anteiligen Unternehmenswert auf der Grundlage des Durchschnitts der Umsatzerlöse der letzten drei Geschäftsjahre der Klägerin (§ 8 Nr. 2 a der Satzung) mit 199.047,05 DM ermittelt. Durchgreifende Einwände gegen diesen - der Berechnung des Drittwiderklägers entsprechenden - Wertansatz sind von der Klägerin weder in der Vorinstanz noch im Revisionsverfahren erhoben worden.

b) Für die - zutreffend als verfallbar eingestufte - Pensionsrückstellung (§ 8 Nr. 2 c der Satzung) hat das Berufungsgericht zu Unrecht den teilweise überhöhten Wert von 225.875,00 DM aus dem überholten zweiten Bilanzentwurf 1996 in Ansatz gebracht. Statt dessen ist der im dritten Bilanzentwurf reduzierte Betrag von 174.608,00 DM als maßgeblich zugrunde zu legen, weil die Pensionsrückstellung ab dem Geschäftsjahr 1996 wegen der fristlosen Kündigung des Drittwiderklägers als Geschäftsführer nicht mehr dotiert worden ist; diese Reduzierung um 51.267,00 DM hat der Drittwiderkläger bereits in seiner Berufungsbegründung ausdrücklich hingenommen. Demgegenüber ist

- entgegen der Ansicht der Revision - im Zusammenhang mit der Pensionsrückstellung die zusätzliche Absetzung eines - von der Klägerin selbst in den dritten Bilanzentwurf eingestellten - Aktivpostens von 51.327,05 DM für eine Rückdeckungsversicherung nicht veranlaßt; das vom eigenen Vortrag in den Vorinstanzen abweichende neue Vorbringen der Klägerin zur angeblichen Wertlosigkeit des Anspruchs aus dieser Versicherung ist in der Revisionsinstanz unzulässig.

c) Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, vom Nennwert der Stammeinlage des Drittwiderklägers von 100.000,00 DM sei wegen Ausgeglichenheit der Jahresbilanz 1996 ein Bilanzverlust nicht abzuziehen. Das Berufungsgericht verkennt offensichtlich den tatsächlichen Umfang der nach der Abfindungsregelung in § 8 Abs. 1 der Satzung bei der Ermittlung der Abfindung zu berücksichtigenden "Bilanzverluste". Ausweislich des korrigierten dritten Bilanzentwurfs für das Geschäftsjahr 1996 bestand der bilanzielle Verlust der Klägerin zum 31. Dezember 1996 als maßgeblichem Bilanzstichtag nicht nur - wie das Kammergericht gemeint hat - in einem Jahresfehlbetrag von 129.452,95 DM, sondern aufgrund des zusätzlich zu berücksichtigenden Verlustvortrags von 727.145,12 DM insgesamt 856.598,07 DM. Damit war nicht nur das Eigenkapital von 400.000,00 DM durch die Verluste aufgebraucht, sondern es bestand zusätzlich als Überschuß der Passiv- über die Aktivposten ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag von 456.598,07 DM (§ 268 Abs. 3 HGB). Freilich ist der sich aus dem bilanzierten Jahresfehlbetrag und dem Verlustvortrag ergebende Gesamtverlust von 856.598,07 DM durch eine - vom Kammergericht nur unvollkommen vorgenommene - Bilanzkorrektur in Höhe von 437.727,24 DM zugunsten des Drittwiderklägers wegen zu Unrecht von der Klägerin bilanzierter Aufwendun-

gen für Tantiemezahlungen an die drei verbliebenen Mitgesellschafter zu reduzieren; wie die Klägerin nicht mehr in Abrede gestellt hat, waren jegliche Tantiemezahlungen schon deshalb unzulässig, weil - jedenfalls nach dem in der Revisionsinstanz maßgeblichen bisherigen Sach- und Streitstand - ein Jahresüberschuß, an den gemäß § 4 Nr. 2, 3. Abs. der Satzung ein Tantiemeanspruch allein anknüpft, nicht erzielt worden ist. Wegen des bereits im vorangegangenen Geschäftsjahr durch Verluste aufgezehrten Stammkapitals wäre daher ein Rückforderungsanspruch gegen die betreffenden Gesellschafter im Umfang der Tantiemezahlungen gemäß §§ 30, 31 GmbHG zu aktivieren. Danach war auch die derart korrigierte Jahresbilanz 1996 keinesfalls ausgeglichen, sondern schloß immer noch mit einem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von rechnerisch 18.870,83 DM ab. Nach dem Sinnzusammenhang der Abfindungsregelung des § 8 der Satzung muß sich der Drittwiderkläger - wenn bei der Anteilsbewertung zunächst ohne Rücksicht auf die tatsächliche bilanzielle Überschuldungssituation der Nennwert des eingezahlten Stammkapitals als positiver Rechnungsfaktor angesetzt wird - als zu berücksichtigenden "Bilanzverlust" nicht nur seinen Anteil an dem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag, sondern auch anteilig den Verlust des gesamten Stammkapitals abziehen lassen. Damit ist in die Gesamtrechnung ein Bilanzverlustanteil von 104.717,71 DM einzustellen.

d) Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen würde sich danach rechnerisch ein Abfindungsanspruch des Drittwiderklägers in Höhe von lediglich 368.937,34 DM ergeben.

2. a) Gleichwohl kann das angefochtene Urteil selbst im Umfang des vorgenannten reduzierten Abfindungsbetrages nicht bestehenbleiben, weil

- wie die Revision zu Recht rügt - das Berufungsgericht auch die möglichen Rechtsfolgen des infolge seiner bilanziellen Fehleinschätzung nicht erkannten vollständigen Verlustes des Stammkapitals bzw. der weitergehenden bilanziellen Überschuldung der Klägerin auf der Grundlage des dritten Bilanzentwurfs nicht in Betracht gezogen hat. Danach war zu erwägen, daß bereits zum Zeitpunkt der Fassung des Einziehungsbeschlusses am 28. Juli 1997 die vorgesehene Auszahlung der Abfindung - in welcher Höhe auch immer - zu den satzungsmäßig vorgesehenen Zeitpunkten (§ 8 Abs. 3) voraussehbar gegen das Auszahlungsverbot nach §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG verstoßen würde und daher im Falle der Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses auch dem von der Gültigkeit der Einziehung abhängigen Abfindungsanspruch insgesamt die Grundlage entzogen sein konnte (vgl. BGHZ 9, 157, 173 f. m.N.). Sollte bei der Fassung des Einziehungsbeschlusses ein derartiger Verstoß der Abfindungszahlung gegen die §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG nicht absehbar gewesen sein, hätte das Berufungsgericht weitergehend erwägen müssen, ob im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung eine derartige Zuwiderhandlung gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften angesichts des in diese Richtung weisenden Vortrags des Drittwiderklägers in Betracht kam (vgl. zum maßgeblichen Zeitpunkt der Durchführung der Leistung: Sen.Urt. v. 1. Dezember 1986 - II ZR 306/85, NJW 1987, 1194, 1195 m.N.).

b) Mangels hinreichender tatrichterlicher Feststellungen zum Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG kommt allerdings eine das landgerichtliche Urteil ganz oder teilweise wiederherstellende Endentscheidung des Senats zum Nachteil der Beklagten und des Drittwiderklägers nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nicht in Betracht. Das gilt ferner deshalb, weil das Kammergericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - weiterge-

hende Einwände des Drittwiderklägers und der Beklagten gegen verschiedene, ihnen nachteilige Bilanzansätze in erheblichem Umfang übergangen hat. Nach deren unter Beweis gestelltem Vortrag sind Korrekturen an dem für die Berechnung des Abfindungsanspruchs maßgeblichen dritten Bilanzentwurf für 1996 im Gesamtumfang von 909.977,73 DM vorzunehmen. Im einzelnen handelt es sich um: die bestrittene Wertberichtigung einer Forderung der Klägerin gegenüber der H. GmbH von insgesamt 563.008,33 DM, verteilt auf die Bilanzen für 1995 und 1996; streitige Rückstellungen für Ansprüche Dr. Ha. von 114.300,00 DM und für drohende Prozeßkosten von 25.000,00 DM; umstrittene Rückstellungen für Drohverluste aus Mietverträgen in Höhe von insgesamt 175.000,00 DM; streitigen Aufwand für private Anmietung von Wohnräumen durch die Geschäftsführer in Höhe von 32.669,40 DM. Sollten diese Korrekturen - ganz oder teilweise - berechtigt sein, so kann sich die bilanzielle Situation derart ändern, daß der Abfindungsanspruch wiederum bis zu der Höhe gerechtfertigt ist, wie sie dem angefochtenen Urteil zugrunde gelegt wurde; alsdann kann aber auch die derzeit in Betracht zu ziehende Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 GmbHG wieder fraglich sein.

## II. Anschlußrevision des Drittwiderklägers

Die Abweisung der Drittwiderklage in Höhe von 528,17 DM hält den Angriffen der Anschlußrevision nicht stand. Soweit das Berufungsgericht meint, der Drittwiderkläger könne nach § 8 Abs. 1 der Satzung keinen über den Nennwert seines Anteils am Stammkapital hinausgehenden Betrag beanspruchen, ist dies ersichtlich rechtsirrig. Diese Satzungsregelung beinhaltet ganz

offensichtlich keine bloße "Nennwertklausel", sondern schreibt im Gegenteil die Berücksichtigung weiterer Faktoren, wie insbesondere Bilanzgewinn und -verlust, vor. Einen weitergehenden Bilanzgewinn errechnet sich der Drittwiderkläger aber gerade aufgrund seines - vom Kammergericht verkannten und verfahrensfehlerhaft übergangenen - schlüssigen und unter Beweis gestellten Vortrags zu den von ihm für erforderlich gehaltenen Korrekturen der maßgeblichen Bilanz in dem bereits erwähnten Gesamtumfang von 909.977,73 DM zu seinen Gunsten (vgl. vorstehend unter B. I. 2. b). Auch hinsichtlich des Gegenstands der Anschlußrevision ist die Sache derzeit nicht endentscheidungsreif.

C. Die Sache ist daher insgesamt an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es die noch erforderlichen Feststellungen - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien - treffen kann.

Röhricht

Hesselberger

Goette

Kurzwelly

Kraemer