



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 93/16

Verkündet am:
21. März 2017
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

GmbHG § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 Satz 2

Eine verbotene Auszahlung im Sinn von § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens liegt mit der Bestellung einer dinglichen Sicherheit für einen Darlehensrückzahlungsanspruch eines Sicherungsnehmers gegen den Gesellschafter vor, wenn der Gesellschafter nicht voraussichtlich zur Rückzahlung in der Lage ist und zudem eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird. Damit und nicht erst mit der Verwertung der Sicherheit beginnt die Verjährung der Erstattungsansprüche der Gesellschaft nach § 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG.

BGH, Urteil vom 21. März 2017 - II ZR 93/16 - OLG Dresden
LG Görlitz

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 2017 durch die Richter Prof. Dr. Drescher, Wöstmann, Born und Sunder sowie die Richterin Grüneberg

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 16. März 2016 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der G. mbH & Co. KG (im Folgenden: Schuldnerin). Die Beklagten sind Kommanditisten der Schuldnerin und Gesellschafter ihrer Komplementärin.
- 2 Zum Betriebsvermögen der Schuldnerin gehörte das Grundstück J. in G. . Dieses war zugunsten der S. Bank mit einer Buchgrundschuld belastet, die zuletzt aufgrund der Zweckerklärung vom 7. Juli 2003 eine Darlehensforderung der Gläubigerin gegen die frühere Beklagte zu 1 sicherte.

3 Im Juni 2011 kündigte die S. Bank das Darlehen. Nach Insolvenzeröffnung am 6. Dezember 2011 meldete sie eine Forderung von 306.604,92 € zur Tabelle an und verlangte abgesonderte Befriedigung aus der Grundschuld. Am 21. März 2013 gab die Beklagte zu 1 die eidesstattliche Versicherung ab. Der Kläger verkaufte das Grundstück am 18. Oktober 2013 im Einvernehmen mit der S. Bank für 74.000 €. Davon gelangte ein Kostenbeitrag von 4.998 € zur Insolvenzmasse, 54.876,63 € erhielt die S. Bank und den Restbetrag die Stadt G. .

4 Der Kläger hat mit seiner am 31. Dezember 2014 eingegangenen Klage von der Beklagten zu 1 Zahlung von 54.876,63 € verlangt und hinsichtlich der Beklagten zu 2 bis 4 jeweils die Feststellung begehrt, dass sie verpflichtet seien, jeweils 8.521,53 € bei Ausfall der Beklagten zu 1 zu zahlen und zudem jeweils diesen Betrag bei Ausfall der weiteren Beklagten. Das Landgericht hat die Beklagte zu 1 durch Teilversäumnisurteil zur Zahlung verurteilt und die Klage gegen die Beklagten zu 2 bis 4 abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen, mit der er von den Beklagten zu 2 bis 4 jeweils Zahlung von 8.521,53 € verlangt und die Feststellung ihrer Verpflichtung zur Zahlung dieses Betrags bei Ausfall der weiteren verbliebenen Beklagten beantragt hat. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

6 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Zwar verstoße eine Zahlung der Kommanditgesellschaft an einen Kommanditisten, der zugleich GmbH-Gesellschafter sei, gegen das Verbot des § 30 GmbHG, wenn sie dazu führe, dass das Vermögen der Komplementär-GmbH nach Abzug der Verbindlichkeiten nicht der Höhe des Stammkapitals entspreche. Der Rückzahlungsanspruch aus § 31 GmbHG stehe der Kommanditgesellschaft zu. Durch die Gewährung der Sicherheit und deren Verwertung sei eine Auszahlung an die Beklagte zu 1 als Gesellschafterin erfolgt. Die Beklagte zu 1 sei als Adressatin des Auszahlungsverbots und zugleich als haftende Empfängerin der verbotenen Auszahlung im Sinne des § 31 GmbHG anzusehen, weil sie vereinbarungsgemäß durch die Verwertung der Sicherheit von ihrer Darlehensverbindlichkeit gegenüber der S. Bank befreit werden sollte und auch teilweise befreit worden sei.

7 Es sei aber nicht festzustellen, dass die Auszahlung zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz geführt habe. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Auszahlung gegen das Kapitalerhaltungsgebot verstoße, sei der Moment, in dem die Haftung der Grundsuld für eine allein gegenüber der Beklagten zu 1 bestehende Forderung begründet worden sei. Gewähre die Gesellschaft ihrem Gesellschafter ein Darlehen, werde die Auszahlung des Darlehens als maßgeblicher Zeitpunkt angesehen, zu dem die Vereinbarkeit mit § 30 Abs. 1 GmbHG zu prüfen sei. Für die Stellung einer dinglichen Sicherheit aus dem Vermögen der Gesellschaft für eine Verbindlichkeit eines Gesellschafters könne nichts anderes gelten. Die Bestellung einer dinglichen Sicherheit entspreche wirtschaftlich der unmittelbaren Finanzierung des Gesellschafters

durch ein Gesellschafterdarlehen. Wie die Auszahlung eines Darlehens führe sie zu einem Vermögensabfluss, auch wenn dieser nach § 251 HGB zunächst nur unter der Bilanz auszuweisen sei. Durch sie gehöre der als Sicherheit gewährte Gegenstand sachenrechtlich und insolvenzrechtlich nicht mehr allein der Gesellschaft, sondern stehe vorrangig dem Gläubiger des Gesellschafters zur Verfügung. Dieser sei auch dann nicht an einer Verwertung der Sicherheit gehindert, wenn dies zu einer Unterbilanz der Gesellschaft führe, da er als außenstehender Dritter nicht an die Kapitalerhaltungsvorschriften gebunden sei.

8 Stelle man demgegenüber nicht auf die Bestellung der Sicherheit, sondern auf den Zeitpunkt der mit Wahrscheinlichkeit drohenden Inanspruchnahme oder der Verwertung ab, könnten regelmäßig weder die Gesellschafter noch der Geschäftsführer absehen, ob sich aus der Bestellung der dinglichen Sicherheit künftig eine verbotene Auszahlung ergeben werde, die zu verhindern nicht mehr in ihrer Macht stehe. Die Gesellschafter und Geschäftsführer zur Vermeidung ihrer Haftung auf die Möglichkeit zu verweisen, bei der Einräumung der Sicherheit eine vertragliche Verwertungsbeschränkung zu vereinbaren, würde die Möglichkeit, Gesellschaftssicherheiten für Gesellschafterverbindlichkeiten zu bestellen, stark einschränken, da der Kreditgeber nicht ohne weiteres bereit sein werde, eine derartige Schwächung der von ihm geforderten Sicherheit hinzunehmen.

9 Nach dieser Maßgabe sei die Auszahlung hier mit Abschluss der Sicherheitenabrede vom 7. Juli 2003 erfolgt. Da der Kläger zur Vermögenssituation der Schuldnerin zu diesem Zeitpunkt nichts vorgetragen habe, könne nicht beurteilt werden, ob das Stammkapital durch die Auszahlung angegriffen worden sei. Eine später eingetretene Unterbilanz genüge zur Begründung des Erstattungsanspruchs für sich genommen nicht.

10 Es könne indes dahinstehen, ob die Haftung der Beklagten zu 2 bis 4 nach § 31 Abs. 3 GmbHG begründet worden sei, da der Erstattungsanspruch jedenfalls verjährt sei. Unterstelle man die Entstehung oder Vertiefung einer Bilanz und eine Unterbilanz am 7. Juli 2003, habe die Verjährung des Haftungsanspruchs nach § 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG i.d.F. des Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts in diesem Zeitpunkt begonnen und wäre am 7. Juli 2008 eingetreten. Eine Hemmung sei nicht ersichtlich. Eine neue Verjährungsfrist habe im späteren Zeitpunkt der Verwertung nicht zu laufen begonnen, da es sich dabei lediglich um die rechtlich nicht selbständig zu beurteilende Auswirkung der ursprünglichen, schon vorher durch die Bestellung der Sicherheit bewirkten Auszahlung handele.

11 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

12 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass eine Zahlung aus dem Vermögen der Kommanditgesellschaft an einen Gesellschafter der Komplementär-GmbH oder einen Kommanditisten eine nach § 30 Abs. 1 GmbHG verbotene Auszahlung ist, wenn dadurch das Vermögen der GmbH unter die Stammkapitalziffer sinkt oder eine bilanzielle Überschuldung vertieft wird (BGH, Urteil vom 29. März 1973 - II ZR 25/70, BGHZ 60, 324, 328 f.; Urteil vom 27. September 1976 - II ZR 162/75, BGHZ 67, 171, 175; Urteil vom 29. September 1977 - II ZR 157/76, BGHZ 69, 274, 279; Urteil vom 24. März 1980 - II ZR 213/77, BGHZ 76, 326, 329; Urteil vom 8. Juli 1985 - II ZR 269/84, BGHZ 95, 188, 191; Urteil vom 25. November 1985 - II ZR 93/85, WM 1986, 447, 448; Urteil vom 6. Juli 1998 - II ZR 284/94, ZIP 1998, 1437, 1438; Urteil vom 10. Dezember 2007 - II ZR 180/06, BGHZ 174, 370 Rn. 10; Urteil vom 9. Dezember 2014 - II ZR 360/13, ZIP 2015, 322 Rn. 8).

- 13 2. Das Berufungsgericht hat auch zutreffend angenommen, dass ein Erstattungsanspruch nach § 31 Abs. 3 Satz 1 GmbHG gegen die Beklagten zu 2 bis 4 nicht entstanden oder jedenfalls verjährt ist. Eine verbotene Auszahlung im Sinn von § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu Lasten des zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögens liegt mit der Bestellung einer dinglichen Sicherheit für einen Darlehensrückzahlungsanspruch eines Sicherungsnehmers gegen den Gesellschafter vor, wenn der Gesellschafter nicht voraussichtlich zur Rückzahlung in der Lage ist und zudem eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird. Damit und nicht erst mit der Verwertung der Sicherheit beginnt auch die Verjährung der Erstattungsansprüche der Gesellschaft nach § 31 Abs. 5 Satz 2 GmbHG.
- 14 a) Bei der Bestellung einer dinglichen Sicherheit durch die Gesellschaft für einen Darlehensrückzahlungsanspruch des Sicherungsnehmers gegen den Gesellschafter kommt als Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG regelmäßig die Bestellung der Sicherheit in Betracht (vgl. zur Aktiengesellschaft BGH, Urteil vom 10. Januar 2017 - II ZR 94/15, ZIP 2017, 472 Rn. 15; Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 141/09, BGHZ 190, 7 Rn. 21 - Dritter Börsengang; zur Kommanditgesellschaft BGH, Urteil vom 20. Oktober 1975 - II ZR 214/74, WM 1976, 130, 131; offengelassen bei BGH, Urteil vom 18. Juni 2007 - II ZR 86/06, BGHZ 173, 1 Rn. 25). Das Auszahlungsverbot betrifft nicht nur Geldleistungen an Gesellschafter, sondern Leistungen aller Art (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1959 - II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 276; Urteil vom 1. Dezember 1986 - II ZR 306/85, WM 1987, 348, 349). Auch mit der Überlassung einer Grundschuld für Zwecke der Kreditbeschaffung wird dem Gesellschafter Vermögen der Gesellschaft zur Verfügung gestellt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Oktober 1975 - II ZR 214/74, WM 1976, 130, 131). Die übrigen Gläubiger haben im Umfang der Sicherheit keinen Zugriff mehr auf das Vermögen der

Gesellschaft, die die Verwertung zugunsten des Sicherungsnehmers bei Fälligkeit auch nicht verhindern kann.

15 Dafür spricht auch, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, die Gleichbehandlung der mittelbaren Finanzierung mit einer direkten Finanzierung des Gesellschafters durch ein Darlehen (MünchKommGmbHG/Ekkenga, 2. Aufl., § 30 Rn. 140; Schön, ZHR 159 [1995], 351, 356; Habersack/Schürnbrand, NZG 2004, 689, 696; Freitag, Der Konzern, 2011, 330, 331). In diesem Fall läge eine Auszahlung ohne weiteres vor, wenn das Darlehen an den Gesellschafter selbst oder auf dessen Weisung an dessen Gläubiger ausgezahlt würde. Das gilt dann auch, wenn anstelle einer unmittelbaren Auszahlung eine dingliche Sicherheit für die Auszahlung eines Darlehens eines Dritten an den Gesellschafter gestellt wird.

16 Dass sich die Bestellung der Sicherheit in der Handelsbilanz nicht unmittelbar auswirkt (§ 251 Satz 1 HGB), steht dem nicht entgegen. Wenn der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2026) zum bilanziellen Denken zurückkehren wollte (Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140 S. 41), hatte er Darlehen im Blick, bei denen die Auszahlung immer bilanzwirksam ist. In anderen Fällen, in denen eine Auszahlung vorliegt, wie etwa bei der Veräußerung eines Vermögensgegenstandes zum Buchwert statt zum Verkehrswert, muss sich dies nicht in der Handelsbilanz niederschlagen. Eine strikte Orientierung an den Bilanzierungsgrundsätzen für die Handelsbilanz wird diesen Fallgestaltungen nicht gerecht. Vielmehr ist mit dem „bilanziellen“ Denken eher eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gemeint (Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 30 Rn 62; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl., § 30 Rn. 145).

- 17 b) Zu einer Auszahlung kommt es entgegen der Auffassung der Revision nicht erst, wenn eine Inanspruchnahme der Sicherheit droht (so aber im Ergebnis Michalski/Heidinger, GmbHG, 2. Aufl., § 30 Rn. 95, 207; Thiessen in Bork/Schäfer, GmbHG, 3. Aufl., § 30 GmbHG Rn. 42 f.; Winkler/Becker, ZIP 2009, 2361, 2363; Dampf, Der Konzern 2007, 157, 165; Sutter/Masseli, WM 2010, 1064, 1068; Steinbeck, WM 1999, 885, 887).
- 18 Bei Leistungen der Gesellschaft, welche durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind, liegt nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG keine Auszahlung vor. Bei der Bestellung einer dinglichen Sicherheit ist dieser Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch der Anspruch der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter, sie von der Inanspruchnahme der Sicherheit bei Fälligkeit des Darlehens freizustellen. Ob der Darlehensgeber und Sicherungsnehmer auf die Sicherheit zugreifen wird, hängt davon ab, ob der Gesellschafter aus der ex-ante-Perspektive zur Darlehensrückzahlung in der Lage ist (BGH, Urteil vom 10. Januar 2017 - II ZR 94/15, ZIP 2017, 472 Rn. 18 zu § 57 Abs. 1 AktG).
- 19 Insoweit ist der Freistellungsanspruch als „Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch“ vollwertig und ein Ausfall unwahrscheinlich, wenn der Ausfall des Darlehensrückzahlungsanspruchs des Sicherungsnehmers unwahrscheinlich ist. In diesem Fall liegt auch bei der Stellung einer dinglichen Sicherheit der vom Gesetzgeber mit der bilanziellen Betrachtungsweise (Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140 S. 41) zugelassene „Aktivtausch“ vor, der nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine Bewertung als Auszahlung ausschließt (vgl. MünchKommGmbHG/Ekkenga, GmbHG, 2. Aufl., § 30 Rn. 253 ff.; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 30 Rn. 125; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 30 Rn. 62; Freitag,

WM 2007, 1681, 1685). Der Gläubigerschutz durch Kapitalerhaltung ist insoweit geschwächt. Diese Schwächung beruht aber auf der Entscheidung des Gesetzgebers, einen Tausch von vorhandenen Vermögenswerten in einen Anspruch gegen den Gesellschafter zuzulassen.

20 aa) Ist der Freistellungsanspruch bei der Bestellung der Sicherheit nicht werthaltig, liegt bereits darin die Auszahlung im Sinne von § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und sind nachfolgende Verschlechterungen ohne Bedeutung. Die Auszahlung und damit die Bestellung der Sicherheit sind nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verboten, wenn der Wert des Vermögensabflusses durch die Bestellung der Sicherheit, der einer unterstellten Verwertung im Zeitpunkt der Bestellung entspricht (vgl. Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 30 Rn. 35), durch den Freistellungsanspruch nicht ausgeglichen wird und die rechnerische Unterdeckung - unabhängig davon, ob sie sich in einer Handelsbilanz abbilden würde - zu einer Unterbilanz führt oder eine Unterbilanz vertieft. Führt der Vermögensabfluss dagegen nicht zu einer Unterbilanz oder vertieft er nicht eine bestehende Unterbilanz, ist die Auszahlung an den Gesellschafter erlaubt und es entsteht kein Erstattungsanspruch (Habersack in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 30 Rn. 98). Eine weitergehende Verschlechterung der Werthaltigkeit des Freistellungsanspruchs oder das spätere Entstehen einer Unterbilanz sind dann ebenfalls ohne Bedeutung.

21 bb) Auch wenn der Freistellungsanspruch bei der Bestellung der Sicherheit werthaltig ist, ist wie bei der Gewährung eines Darlehens eine spätere Verschlechterung der Vermögenslage des Gesellschafters für das Vorliegen einer Auszahlung grundsätzlich nicht von Bedeutung (Gehrlein, Der Konzern 2007, 771, 785; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 30 Rn. 43, 63; Kuntz in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl., § 30 Rn. 45; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 30 Rn. 144 f.; Wicke, GmbHG, 3. Aufl.,

§ 30 Rn. 12). Bei einem werthaltigen Freistellungsanspruch gegen den Gesellschafter bei der Bestellung der Sicherheit, also wenn der das Darlehen in Anspruch nehmende Gesellschafter aus der ex-ante-Sicht zur Rückzahlung in der Lage sein wird, d.h. seine Bonität ausreichend ist, ist die Inanspruchnahme der Sicherheit unwahrscheinlich. Dann liegt nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ein bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bilanzneutraler Aktivtausch vor, der nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers unabhängig vom Bestehen oder dem Entstehen einer Unterbilanz keine verbotene Auszahlung ist. Wenn sich der Wert des Freistellungsanspruchs danach wider Erwarten verschlechtert, führt nicht allein diese Verschlechterung zu einer verbotenen Auszahlung (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 13 - MPS zum Darlehen). Eine negative Entwicklung lässt die ex ante bestehende Vollwertigkeit des Freistellungsanspruchs nicht rückwirkend entfallen.

22 cc) Daran ändert auch die Pflicht des Geschäftsführers nichts, die Vermögensverhältnisse des Gesellschafters zu beobachten und auf eine sich nach der Sicherheitenbestellung andeutende Bonitätsverschlechterung mit der Anforderung von Sicherheiten oder der Durchsetzung des Freistellungsanspruchs zu reagieren (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 14 - MPS zum Darlehen). Die Unterlassung solcher Maßnahmen kann zur Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbHG führen (Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140 S. 41; BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 14 - MPS zum Darlehen).

23 Die bloße Unterlassung, einen Befreiungs-, Rückgriffs- oder Sicherungsanspruch gegen den Gesellschafter geltend zu machen, ist jedoch keine Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG (Altmeppen in Roth/

Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 30 Rn. 145; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 30 Rn. 63; aA bei „Stehenlassen“ Scholz/Verse, 11. Aufl., § 30 GmbHG, § 30 Rn. 101). Zwar darf der Geschäftsführer nicht auf einen Freistellungsanspruch oder einen Anspruch auf Sicherheitsleistung für die drohende Inanspruchnahme der Sicherheit verzichten, weil dann im Verzicht auf den Anspruch eine Auszahlung läge (vgl. Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 30 Rn. 145; Schön, ZHR 159 [1995], 351, 363; vgl. auch Habersack in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 30 Rn. 111 und 54 zum Darlehen). Die bloße Unterlassung der Geltendmachung eines Anspruchs ist aber allein noch kein Verzicht. Der Anspruch, der nicht geltend gemacht wird, besteht fort. Ein Verzicht auf den Freistellungsanspruch wäre außerdem eine andere „Auszahlung“ als die Auszahlung durch Bestellung der Sicherheit, die wertmäßig auch nur den liquiden Wert des wegen der Verschlechterung der Vermögenslage des Gesellschafters gegenüber dem Zeitpunkt der Sicherheitenbestellung wertgeminderten Freistellungsanspruchs umfassen kann (vgl. MünchKommGmbHG/Ekkenga, 2. Aufl., § 30 Rn. 224). Da der Freistellungsanspruch gegen den begünstigten Gesellschafter fortbesteht, selbst wenn der Geschäftsführer ihn geltend macht, würde die Anwendung von § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf die Unterlassung der Geltendmachung des Freistellungsanspruchs lediglich eine zusätzliche Forderung nach § 31 Abs. 3 GmbHG gegen die übrigen Gesellschafter begründen. Dafür besteht bei ordnungsgemäßigem Handeln der Gesellschafter aber kein Anlass (Schön, ZHR 159 [1995], 351, 363).

24

c) Die nachfolgende Verwertung ist bei einer dinglichen Sicherheitenbestellung für eine Forderung des Sicherungsnehmers gegen den Gesellschafter nicht für die Auszahlung im Sinne des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG maßgeblich (Scholz/Verse, GmbHG, 11. Aufl., § 30 Rn. 103; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 30 Rn. 61; Habersack in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 30 Rn. 110; Schön, ZHR 159 [1995], 351, 359 ff.; J. Flume,

GmbHHR 2011, 1258, 1264; Theusinger/Kapteina, NZG 2011, 881, 883 f.; aA J. Vetter in Goette/Habersack, MoMiG, Rn. 4.79 ff.; Tillmann, NZG 2008, 401, 405; Komo, GmbHHR 2010, 230, 233).

25 Das ist nicht deshalb der Fall, weil erst die Verwertung bilanzwirksam wäre und eine Unterbilanz hervorrufen oder vertiefen könnte. Wegen des vom Gesetzgeber für möglich erachteten Aktivtauschs ist vielmehr bei fehlender Werthaltigkeit des Freistellungsanspruchs bereits die Bestellung, wie gezeigt, bilanzwirksam, weil die Verwertung unterstellt wird, sie wahrscheinlich ist bzw. entsprechende Rückstellungen gebildet werden müssen.

26 Für die Annahme einer „effektiven Zahlung“ (in diese Richtung BGH, Urteil vom 18. Juni 2007 - II ZR 86/06, BGHZ 173, 1 Rn. 25 und 27) durch die Verwertung als Auszahlung mag sprechen, dass bei der Bestellung der Sicherheit oft nicht offenbar sein wird, dass eine Auszahlung erfolgt ist, weil erst die Verwertung sie spürbar macht. Auch bei der Darlehensgewährung legt aber regelmäßig erst die ausbleibende Rückzahlung den Vermögensverlust offen. Dass für die Sicherheitenbestellung strengere Grundsätze gelten sollen, leuchtet nicht ein. Auch der mit der Kapitalerhaltung bezweckte Gläubigerschutz erfordert es nicht, erst die Verwertung als Auszahlung anzusehen. Der Gesetzgeber hat mit der Rückkehr zum bilanziellen Denken gerade den Tausch von Aktivvermögen gegen Ansprüche ermöglichen wollen und den Gläubigerschutz insoweit eingeschränkt. Würde man immer auf den Zeitpunkt der Verwertung abstellen, liefe dies im Ergebnis darauf hinaus, dass die Gesellschaft nie Sicherheiten wirksam bestellen könnte, was den Zielsetzungen des Gesetzgebers des MoMiG zuwider liefe (Habersack in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, 2. Aufl., § 30 Rn. 110).

27 Entgegen der Revision liegt in der Bestellung der Sicherheit nicht nur eine Vermögensgefährdung, die sich mit einem andersartigen Werteverzehr erst in der Verwertung als Auszahlung realisiert, so dass damit eine neue Verjährungsfrist beginnt (Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl., § 31 Rn. 38; Scholz/Verse, GmbHG, 11. Aufl., § 31 Rn. 77 i.V.m. § 30 Rn. 103; aA Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 31 Rn. 27; Fleischer in Henssler/ Strohn, GesR, 3. Aufl., § 31 GmbHG Rn. 41; Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 31 Rn. 31 und § 30 Rn. 8). Die Sicherheit scheidet vielmehr bereits mit der Bestellung aus dem Vermögen der Gesellschaft aus. Die Minderung des Vermögens besteht im Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit nicht nur in einer Risikoübernahme, wenn der Freistellungsanspruch nicht werthaltig ist.

28 d) Danach besteht kein Erstattungsanspruch. Die Revision selbst geht nicht davon aus, dass im Zeitpunkt der Bestellung der Grundschuld für die Forderung der S. Bank gegen die frühere Beklagte zu 1 am 7. Juli 2003 eine Unterbilanz bestand. Das Berufungsgericht hat zwar keine Feststellung dazu getroffen, ob der Freistellungsanspruch gegen die Beklagte zu 1 damals werthaltig war. Wenn bei fehlender Werthaltigkeit eine Auszahlung vorlag, fehlt aber die Verursachung einer Unterbilanz. Das Berufungsgericht konnte zu einer bestehenden oder entstehenden Unterbilanz mangels Vortrags des Klägers keine Feststellungen treffen. War der Freistellungsanspruch aufgrund ausreichender Bonität der Beklagten zu 1 am 7. Juli 2003 werthaltig, scheidet eine Auszahlung aus, ohne dass es auf eine bestehende Unterbilanz ankäme.

29 Eine spätere Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Beklagten zu 1 führt allein nicht zu einer Auszahlung. Ob der Vortrag des Klägers, die Inanspruchnahme der Sicherheit habe erstmals mit Inanspruchnahme der Bür-

gen gedroht, zutreffend ist und die erstmalige Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Beklagten zu 1 bzw. den Wertverfall des gegen sie gerichteten Freistellungsanspruchs belegt, kann daher offenbleiben. Dafür, dass zu diesem Zeitpunkt noch ein werthaltiger Freistellungsanspruch gegen die Beklagte zu 1 bestand, auf den verzichtet wurde, bestehen keine Anhaltspunkte.

Drescher

Wöstmann

Born

Sunder

Grüneberg

Vorinstanzen:

LG Görlitz, Entscheidung vom 06.10.2015 - 1 O 418/14 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 16.03.2016 - 13 U 1560/15 -