

nenfalls zu prüfen, ob der abgetretene Anspruch überhaupt besteht. Damit diese tatsächlichen Feststellungen getroffen werden können, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

17. GmbHG §§ 29, 30 (*Verdeckte Vorteilsgewährung gegenüber verbundenem Unternehmen*)

Für die Frage, ob bei einer verdeckten Gewinnausschüttung im Rahmen eines Austauschvertrages die Leistung einer von dem begünstigten Gesellschafter beherrschten GmbH zufließen würde, ist auf den Gesellschafterbestand im Zeitpunkt der Inanspruchnahme der GmbH aus dem Vertrag und nicht auf dessen Abschluß abzustellen.

BGH, Urteil vom 13.11.1995 – II ZR 113/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten für Planungsleistungen im Zusammenhang mit drei Bauvorhaben einen Betrag von 830.358,52 DM.

Gesellschafter der Klägerin waren bis 25.10.1991 Dr. A., Dr. R. und Dipl.-Ing. K. zu je $\frac{1}{3}$. Im Oktober 1991 übertrugen Dr. A. und Dr. R. ihre Gesellschaftsanteile auf Dipl.-Ing. K. Dieser und Dr. R. waren bis zum 2.10.1992 Geschäftsführer der Klägerin; ab diesem Zeitpunkt übte Dipl.-Ing. K. dieses Amt allein aus. Gesellschafter der Beklagten waren je zur Hälfte Dr. A. und Dr. R., die gleichzeitig deren je alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer waren. Beide waren außerdem je zur Hälfte Gesellschafter weiterer Unternehmen, die – wie die Beklagte – zu einer gemeinsamen Gruppe gehörten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Kammergericht die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 301.824,64 DM zu zahlen, und das weitergehende Rechtsmittel zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebte die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 470.391,63 DM. Die Beklagte wollte mit ihrer Anschlußrevision die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

Die Revision führte zur Zurückweisung an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat bezüglich der Bauobjekte V. und Kö. Straße ausgeführt, die entsprechenden Verträge seien nichtig, weil sie auf eine „verdeckte Gewinnausschüttung“ gerichtet seien. Eine Vergütung für das Bauvorhaben F. könne die Klägerin nicht verlangen, weil die Auszahlung gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoße. Die Klägerin müsse sich dies jeweils entgegenhalten lassen, weil die beiden Gesellschafter der Beklagten, Dr. A. und Dr. R., zur Zeit des Abschlusses der drei Verträge zu jeweils $\frac{1}{3}$ an der Klägerin beteiligt gewesen seien. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Eine nach den Grundsätzen der §§ 30 ff. GmbHG zu behandelnde „verdeckte Gewinnausschüttung“ liegt in jeder außerhalb der förmlichen Gewinnverwendung vorgenommenen Leistung der Gesellschaft aus ihrem Vermögen an einen ihrer Gesellschafter, der keine gleichwertige Gegenleistung gegenübersteht. Ob im Einzelfall ein normales Austauschgeschäft oder eine verdeckte Ausschüttung von Gesellschaftsvermögen vorliegt, richtet sich danach, ob ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer das Geschäft unter sonst gleichen Umständen zu den glei-

chen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen hätte, ob die Leistung also durch betriebliche Gründe gerechtfertigt war. Dieser Bewertungsmaßstab, der einen gewissen unternehmerischen Handlungsspielraum anerkennt, schließt die Berücksichtigung subjektiver Erwägungen der Geschäftsführer, die Leistung und Gegenleistung uzutreffenderweise für ausgeglichen halten, aus (vgl. Sen. Ur. v. 1.12.1986 – II ZR 306/85, ZIP 1987, 575, 576; v. 14.10.1985 – II ZR 276/84, ZIP 1986, 456, 458; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., § 29 Rdnr. 70).

Grundsätzlich führt eine verdeckte Ausschüttung dazu, daß der Gesellschafter, dem ungerechtfertigt finanzielle Vorteile zugeflossen sind, Rückzahlungs- oder Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist (vgl. allg. hierzu *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., § 29 Rdnr. 53; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, 8. Aufl., § 29 Rdnr. 184; *Schulze-Osterloh*, FS *Stimpel* S. 487 ff.; *Hager*, ZGR 1989, 71 ff., 83 ff.; *Tries*, Verdeckte Gewinnausschüttung im GmbH-Recht, 1991, S. 199 ff.; *Döllner*, Verdeckte Gewinnausschüttung, 2. Aufl. 1990, S. 164 f.). Anspruchsberechtigt ist sowohl die Gesellschaft (Nachw. b. *Lutter/Hommelhoff* und *Scholz/Emmerich*, jew. a.a.O.; vgl. noch *Winter*, ZHR 148, 579 ff., 580) als auch – in Ausnahmefällen – der übervorteilte Gesellschafter (BGHZ 65, 15, 18; *Winter* a.a.O., S. 580), wobei der Anspruch stets auf Leistung an die Gesellschaft gerichtet ist (BGHZ 65, 15, 21). Hat die Gesellschaft die Leistung, in der eine verdeckte Ausschüttung zu sehen ist, noch nicht erbracht, steht ihr ein Leistungsverweigerungsrecht zu (vgl. *Tries* a.a.O., S. 199 ff., 201 ff.; *Scholz/Emmerich* a.a.O., § 29 Rdnr. 184).

2. Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht, das aus anderen Gründen eine Nichtigkeit der Verträge vom 10. Juni und 23. April 1991 angenommen hat, nicht verkannt. Seine Annahme, bei der Klägerin und der Beklagten handele es sich um verbundene Unternehmen, erweist sich jedoch als unzutreffend.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats muß sich ein Dritter in zwei Fällen die Auszahlungssperre des § 30 Abs. 1 GmbHG entgegenhalten lassen. Zunächst gilt dies für verdeckte Ausschüttungen an nahe Familienangehörige (vgl. etwa Sen. Ur. v. 16.12.1991). Ein solcher Fall liegt nicht vor. Um einer besonders naheliegenden Möglichkeit der Umgehung des § 30 Abs. 1 GmbHG entgegenzutreten, müssen sich Dritte eine verdeckte Ausschüttung auch dann unmittelbar zurechnen lassen, wenn sie gesellschaftsrechtlich mit der ausschüttenden Gesellschaft verbunden sind. Dies gilt vor allem für den Fall, daß an eine Gesellschaft ausgezahlt wird, an der ein Gesellschafter der ausschüttenden Gesellschaft maßgeblich beteiligt ist (Sen. Ur. v. 14.10.1985 – II ZR 276/84, ZIP 1986, 456, 458; v. 22.10.1990 – II ZR 238/89, ZIP 1990, 1593, 1595). Hier ist stets (auch) der Dritte Schuldner des Rückgewähranspruches der ausschüttenden Gesellschaft (vgl. etwa Sen. Ur. v. 16.12.1991 [= DNotZ 1992, 727]). Soweit die Gesellschaft, die sich zur Ausschüttung verpflichtet hat, die ihr obliegende Leistung noch nicht erbracht hat, muß ihr deshalb auch gegenüber dem Dritten ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen.

b) Bei der Beurteilung der Frage, ob es sich um verbundene Unternehmen handelt, kann jedoch nicht auf die Verteilung der Geschäftsanteile zu der Zeit abgestellt werden, zu der die Verbindlichkeit begründet wird, sondern in der Regel nur auf den Zeitpunkt, zu dem die Gesellschaft tatsächlich in Anspruch genommen wird (vgl. Sen. Ur. v. 1.12.1986, NJW 1987, 1194, 1195; *Scholz/Emmerich* a.a.O., § 29 Rdnr. 171; *Döllner* a.a.O., S. 101 f.). Der maßgebende Grund für die

Inanspruchnahme eines einem Gesellschafter persönlich oder gesellschaftsrechtlich nahestehenden Dritten ist es, eine ansonsten naheliegende Möglichkeit der Umgehung von § 30 Abs. 1 GmbHG zu verhindern. Diese Gefahr besteht nicht mehr, wenn kein Gesellschafter der ausschüttenden Gesellschaft zur Zeit der Erfüllung der Verbindlichkeit an der den Vermögensvorteil empfangenden Gesellschaft beteiligt ist, da dann auch keine mittelbare „Auszahlung“ an einen Gesellschafter vorliegt.

So liegt der Fall hier. Zwar waren Dr. R. und Dr. A. zur Zeit des Abschlusses der drei Verträge noch maßgeblich an der Klägerin beteiligt. Zum Zeitpunkt der Rechnungslegung und damit der tatsächlichen Inanspruchnahme der Beklagten befanden sich hingegen alle Geschäftsanteile der Klägerin in der Hand von Dipl.-Ing. K., nachdem Dr. R. und Dr. A. ihre Anteile mit Wirkung zum 25. 10. 1991 an diesen veräußert hatten. Es kann offenbleiben, wie der Fall zu behandeln wäre, wenn die Veräußerung der Geschäftsanteile gerade dazu dienen soll, über einen – durch die verdeckte Ausschüttung erhöhten – Verkaufserlös den ungerechtfertigten Vermögensvorteil bei dem begünstigten Gesellschafter der ausschüttenden Gesellschaft zu realisieren. Hierfür ergeben sich im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte.

Soweit die verdeckte Gewinnausschüttung nicht gegen § 30 GmbHG verstößt, kann sie sich als gleichheitswidriger Sondervorteil zugunsten einzelner Gesellschafter ohne Zustimmung des Benachteiligten darstellen (*Hachenburg/Goedeler/Müller*, GmbHG, 8. Aufl., § 29 Rdnr. 130; *Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 29 Rdnr. 50 f.; *Ulmer*, Festschrift „100 Jahre GmbHG“, 1992, 363, 366). Auch insoweit ist für die Frage, ob die verdeckte Ausschüttung einer mit dem begünstigten Gesellschafter verbundenen GmbH zugute kommen würde, auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der GmbH aus dem Vertrag und nicht auf dessen Abschluß abzuheben. Hätte die Beklagte unmittelbar nach ihrer Inanspruchnahme die vertraglich ausbedungene Gegenleistung erbracht, so hätte daraus keiner ihrer Gesellschafter über die Klägerin einen mittelbaren Sondervorteil erlangt, da in diesem Zeitpunkt – wie ausgeführt – Dr. R. und Dr. A. nicht mehr an der Klägerin beteiligt waren.

II. Neben den Grundsätzen über die verdeckte Ausschüttung greifen zum Schutz der Gesellschaft vor ungerechtfertigten Vermögensverfügungen auch die Rechtsgrundsätze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht ein (vgl. *Scholz/Emmerich* a. a. O., § 29 Rdnr. 187; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 949, 220 ff.; *Schulze-Osterloh*, FS *Stimpel*, S. 487 ff., 503; *Hager*, ZGR 1989, 71 ff., 98; *Tries* a. a. O., S. 77, 123 ff., 138). Grundsätzlich bleibt hier das Vertragsverhältnis der Gesellschaft mit dem Dritten von gesellschaftsinternen Pflichtwidrigkeiten des Geschäftsführers unberührt (vgl. *Lutter/Hommelhoff* a. a. O., § 29 Rdnr. 52). Sinn der im Außenverhältnis unbeschränkbaren Vertretungsmacht des Geschäftsführers ist es gerade, Außenstehende von der Kontrolle zu entlasten, ob die Vorgehensweise des Geschäftsführers mit den Gesellschaftern abgestimmt ist (vgl. Sen.Urt. v. 5.12.1983 – II ZR 56/82, NJW 1984, 1661, 1662). Die Grundsätze über den Mißbrauch der Vertretungsmacht greifen erst dann ein, wenn der Vertragspartner der Gesellschaft weiß oder wenn es sich ihm aufdrängen mußte, daß der Geschäftsführer die Grenzen überschreitet, die seiner Vertretungsbefugnis im Innenverhältnis zur Gesellschaft entzogen sind (Sen.Urt. v. 14.3.1988 [= DNotZ 1989, 19]). Eine solche Grenzüberschreitung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die

Vertragskonditionen beim Abschluß gegenseitiger Verträge für die Gesellschaft grob nachteilig sind (vgl. *Tries* a. a. O., S. 139) oder wenn die Bestimmung der Vergütung weitgehend dem Vertragspartner der Gesellschaft überlassen ist und eine effektive Kontrolle der Höhe der Vergütung der Gesellschaft nicht möglich ist (vgl. hierzu BGHZ 113, 315, 320).

Ein der Klägerin zurechenbarer (BGHZ 109, 327, 330 f.) Mißbrauch der Vertretungsmacht des Dr. R. läßt sich den bisherigen Ausführungen des Berufungsgerichts jedoch nicht entnehmen. (*Wird ausgeführt*).

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil hinsichtlich der Klageabweisung keinen Bestand haben. Auch die Anschlußrevision hat Erfolg, da nach den obigen Ausführungen nicht feststeht, daß die Klägerin mangels wirksamen Vertragsschlusses als Geschäftsführerin ohne Auftrag tätig war. Damit das Berufungsgericht die entsprechenden, noch fehlenden Feststellungen (ggfs. nach sachverständiger Beratung über die Angemessenheit der Honoraransprüche) treffen kann, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

18. GmbHG § 47; ZPO § 256 (*Klagemöglichkeit bzgl. eines nicht festgestellten Beschlusses einer GmbH-Gesellschafterversammlung*)

Hat der Leiter der Gesellschafterversammlung einer GmbH das rechtliche Beschlüßergebnis nicht festgestellt, weil die Gesellschafter sich über die Stimmberechtigung nicht einigen konnten, so kann auf Feststellung geklagt werden, daß der beantragte Beschluß gefaßt wurde (Bestätigung von BGHZ 76, 54).

BGH, Urteil vom 13.11.1995 – II ZR 288/94 –, mitgeteilt von *Dr. Manfred Werp*, Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die beiden Kläger und ihre Schwester sind Gesellschafter der beiden verklagten Gesellschaften mit Geschäftsanteilen von je 8.000,- DM. Die weiteren Geschäftsanteile von 26.000,- DM halten die genannten Geschwister gemeinsam als Erben ihrer verstorbenen Mutter. In einem Erbauseinandersetzungsvertrag vom 23.12.1985 vereinbarten die Geschwister, diese Beteiligung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu verwalten, deren Auseinandersetzung bis zum 31.12.1996 ausgeschlossen sein sollte. Mit der Geschäftsführung beauftragten sie bis zu diesem Zeitpunkt unwiderruflich ihren Vater, der in den Gesellschaftsverträgen der Beklagten auch zu deren Geschäftsführer bestellt war. Sie bevollmächtigten ihn auch, in Gesellschafterversammlungen der Beklagten das Stimmrecht aus dem gemeinsamen Geschäftsanteil auszuüben.

In der Folgezeit kam es zu tiefgreifenden Differenzen zwischen den Klägern und ihrem Vater, in deren Verlauf die Kläger auch Kündigungen der Verträge vom 23.12.1985 aussprachen. Bei einer Gesellschafterversammlung am 30.4.1993, an der die Kläger, ihre Schwester und ihr Vater teilnahmen, wurde über die Abberufung des Vaters als Geschäftsführer der Beklagten und die fristlose Kündigung seines Anstellungsvertrages abgestimmt, wobei sich die Beteiligten jedoch nicht einig wurden, ob der Vater der Kläger mitstimmen durfte. Die Kläger stimmten für die Anträge, ihre Schwester und ihr Vater dagegen.

Die Kläger sind der Ansicht, ihr Vater habe keine Stimmrechtsvollmacht für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts mehr besessen und er sei zudem von der Abstimmung über seine eigene Abberufung ausge-