

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

GmbHG §§ 29, 30

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. November 1995 - II ZR 113/94 - Kammergericht
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 113/94

Verkündet am:
13. November 1995
Boppel
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

K [REDACTED] & Partner Bauprojekt Gesellschaft mbH, vertreten
durch den Geschäftsführer Dipl.-Ing. Erich K [REDACTED],
Z [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED]

Klägerin, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED]

Streithelfer der Klägerin:

Dr. Ing. Christian R [REDACTED] Z [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED]

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED],
[REDACTED]
gegen

Dr. Ing. R [REDACTED] & Partner Baubetreuungsgesellschaft mbH, vertre-
ten durch den Geschäftsführer Dr. Jochen A [REDACTED],
M [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagte, Revisionsbeklagte
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Streithelfer der Beklagten:

Dr. Jochen A [REDACTED], M [REDACTED] Straße [REDACTED], B [REDACTED]

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 1995 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Dr. Henze, Prof. Dr. Greger und Dr. Boetticher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Kammergerichts vom 12. April 1994 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

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

Gesellschafter der Klägerin waren bis 25. Oktober 1991 Dr. A■■■■, Dr. R■■■■ und Dipl.-Ing. K■■■■ zu je 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. Oktober 1992 Geschäftsführer der Klägerin; ab diesem Zeitpunkt übt Dipl.-Ing. K■■■■ dieses Amt allein aus. Gesellschafter der Beklagten waren je zur Hälfte Dr. A■■■■ und Dr. R■■■■, die gleichzeitig deren je alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer waren. Beide waren außerdem je zur Hälfte Gesellschafter weiterer Unternehmen, die - wie die Beklagte - zu einer gemeinsamen Gruppe gehörten.

Das Landgericht hat durch Zwischen- und Teilurteil Dr. A■■■■ als Streithelfer der Beklagten zugelassen und die Klage abgewiesen. Über die auf Zahlung von 22.899,66 DM gerichtete Widerklage ist noch nicht entschieden. 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 erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 470.391,63 DM. Die Beklagte und ihr Streithelfer wollen mit ihrer Anschlußrevision die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin und die gemäß § 556 ZPO zulässige Anschlußrevision der Beklagten führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat bezüglich der Bauobjekte Ve[REDACTED] und Kö[REDACTED] Straße ausgeführt, die entsprechenden Verträge seien nichtig, weil sie auf eine "verdeckte Gewinnausschüttung" gerichtet seien. Eine Vergütung für das Bauvorhaben Fü[REDACTED] könne die Klägerin nicht verlangen, weil die Auszahlung gegen § 30 Abs. 1 GmbHG verstoße. Die Klägerin müsse sich dies jeweils entgegenhalten, weil die beiden Gesellschafter der Beklagten, Dr. A[REDACTED] und Dr. R[REDACTED], zur Zeit des Abschlusses der drei Verträge zu jeweils 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 gleichen Bedingungen auch mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen hätte, ob die Leistung also durch betriebliche Gründe ge-

rechtfertigt war. Dieser Bewertungsmaßstab, der einen gewissen unternehmerischen Handlungsspielraum anerkennt, schließt die Berücksichtigung subjektiver Erwägungen der Geschäftsführer, die Leistung und Gegenleistung unzutreffenderweise für ausgeglichen halten, aus (vgl. Sen.Urt. v. 1. Dezember 1986 - II ZR 306/85, ZIP 1987, 575, 576 = LM GmbHG § 30 Nr. 22; v. 14. Oktober 1985 - II ZR 276/84, ZIP 1986, 456, 458; Baumbach/Hueck, GmbHG 15. Aufl. § 29 Rdn. 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 Rdn. 53; Scholz/Emmerich, GmbHG 8. Aufl. § 29 Rdn. 184; Schulze-Osterloh, FS Stimpel S. 487 ff., 489 f.; Hager, ZGR 1989, 71 ff., 83 ff.; Tries, Verdeckte Gewinnausschüttung im GmbH-Recht, 1991, S. 199 ff.; Döllerer, Verdeckte Gewinnausschüttung, 2. Aufl. 1990, S. 164 f.). Anspruchsberechtigt ist sowohl die Gesellschaft (Nachw. b. Lutter/Hommelhoff und Scholz/Emmerich, jew. aaO; vgl. noch Winter, ZHR 148, 579 ff., 580) als auch - in Ausnahmefällen - der übervorteilte Gesellschafter (BGHZ 65, 15, 18; Winter aaO, 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 aaO, S. 199 ff., 201 ff.; Scholz/Emmerich aaO, § 29 Rdn. 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.Urt. v. 16. Dezember 1991 - II ZR 294/90, ZIP 1992, 242, 244). 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.Urt. v. 14. Oktober 1985 - II ZR 276/84, ZIP 1986, 456, 458; v. 22. Oktober 1990 - II ZR 238/89, ZIP 1990, 1593, 1595). Hier ist stets (auch) der Dritte Schuldner des Rückgewähranspruches der ausschüttenden Gesellschaft (vgl. etwa Sen.Urt. v. 16. Dezember 1991 - II ZR 294/90, ZIP 1992, 242, 244). Soweit die Gesellschaft, die sich zur Ausschüttung verpflichtet hat, die ihre 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.Urt. v. 1. Dezember 1986 - II ZR 306/85, NJW 1987, 1194, 1195 = WM 1987, 348, 349; Scholz/Emmerich aaO, § 29 Rdn. 171; Döllerer aaO, 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. [REDACTED] und Dr. A. [REDACTED] zur Zeit des Abschlusses der drei Verträge (zuletzt betreffend das Bauvorhaben Velden am 10. Juni 1991) noch maßgeblich an der Klägerin beteiligt. Zum Zeitpunkt der Rechnungslegung und damit der tatsächlichen Inanspruchnahme der Beklagten am 4. März 1992 (Für [REDACTED]), 11. März 1992 (Kö [REDACTED] Straße) und 12. März 1992 (Ve [REDACTED]) befanden sich hingegen alle Geschäftsanteile der Klägerin in der Hand von Dipl.-Ing. K. [REDACTED], nachdem Dr. R. [REDACTED] und Dr. A. [REDACTED] ihre Anteile mit Wirkung zum 25. Oktober 1991 an diesen für jeweils 1,-- DM 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/Goerdeler/Müller, GmbHG 8. Aufl. § 29 Rdn. 130; Lutter/Hommelhoff aaO, § 29 Rdn. 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. [REDACTED] und Dr. A. [REDACTED] nicht mehr an der Klägerin beteiligt waren.

3. Da es sich im maßgeblichen Zeitpunkt nicht um verbundene Unternehmen handelte, scheidet hinsichtlich des Bauprojekts Für [REDACTED] ebenfalls eine Anwendung der erörterten Regeln über verdeckte Gewinnausschüttungen aus.

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 aaO, § 29 Rdn. 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 aaO, S. 77, 123 ff., 138). Grundsätzlich bleibt hier das Vertragsverhältnis der Gesellschaft mit dem Dritten von gesellschaftsinternen Pflichtwidrigkeiten des Geschäftsführers unberührt (vgl. Lutter/Hommelhoff aaO, § 29 Rdn. 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. Dezember 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. März 1988 - II ZR 211/87, WM 1988, 704, 706). Eine solche Grenzüberschreitung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Vertragskonditionen beim Abschluß gegenseitiger Verträge für die Gesellschaft grob nachteilig sind (vgl. Tries aaO, 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. Rack läßt sich den bisherigen Ausführungen des Berufungsgerichts jedoch nicht entnehmen.

1. Seine Feststellung, die vorgesehene Vergütung für die Ausführung des Bauvorvertrages für das Projekt Ve[REDACTED] sei weit überhöht, begründet es mit nicht tragfähigen Erwägungen. Schon seine Annahme, der weit überwiegende Teil der Gesamtleistung der Klägerin sei in den nach der HOAI zu berechnenden Architektenleistungen zu sehen, läßt sich nur schwer mit der unwidersprochen gebliebenen Tätigkeitsbeschreibung der Klägerin in Einklang bringen. Danach oblagen ihr im Vorfeld die Planungsleistungen, Wirtschaftlichkeitsberechnungen und die Erarbeitung hieraus abzuleitender Planungsvoraussetzungen. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß ohne diese Leistungen sich eine wirtschaftliche und damit vermarktungsfähige Projektplanung nicht habe durchführen lassen, weshalb auch diese Vorleistungen der Klägerin notwendigerweise für die Erstellung eines Generalübernehmerangebotes erforderlich gewesen seien.

2. Das Berufungsgericht hat sich auch nicht näher mit der Frage befaßt, welche Fremdkosten bei der Vergabe der Architektenleistungen durch die Klägerin an Dritte entstanden wären. In bezug auf die Posten "Wagnis, Gewinn und Betriebskosten" hat die Klägerin unter Beweisantritt vorgetragen, daß es sich bei der gewählten Regelung um eine den Bedürfnissen der Beteiligten angepaßte Bestimmung handele, die ständig praktiziert worden sei und die Möglichkeit geschaffen habe, dem jeweiligen Aufwand im gegenseitigen Einverneh-

men und auch der vorzunehmenden Vorfinanzierung durch die Klägerin Rechnung zu tragen. Außerdem hat die Klägerin unter Beweis gestellt, daß die vertraglich vereinbarten und abgerechneten Leistungen in einem angemessenen Verhältnis zur beanspruchten Vergütung gestanden und damit einem vorzunehmenden Fremdvergleich standgehalten hätten.

3. Das Berufungsgericht hat schließlich darauf abgestellt, daß der Klägerin eine Vergütung ohne Rücksicht darauf habe zukommen sollen, ob sie das Nichtzustandekommen eines Generalunternehmervertrages zu vertreten habe oder nicht. Dabei hat es verkannt, daß die Klägerin schon dann keinen Anspruch auf eine Vergütung gehabt hätte, wenn ein Vertragsabschluß an der Mangelhaftigkeit ihrer Leistungen gescheitert wäre. Soweit die Fallkonstellation zum Tragen gekommen wäre, daß der Grundstückseigentümer mit der Beklagten innerhalb des vereinbarten Zeitraumes keinen Generalunternehmervertrag abgeschlossen hätte, ist darauf hinzuweisen, daß die Klägerin hierauf keinen Einfluß gehabt hätte. Es kann ihr dann aber auch nicht zugemutet werden, in einem solchen Fall ohne Vergütung tätig zu werden.

4. Von Rechtsfehlern beeinflusst ist die Feststellung des Berufungsgerichts, Dr. A. [REDACTED] habe sein Einverständnis zur Erfüllung der streitigen Ansprüche nicht erteilt. Bei dem Bauvorhaben F. [REDACTED] hat das Berufungsgericht ein solches Einverständnis zutreffend daraus abgeleitet, daß Dr. A. [REDACTED] die Vereinbarung vom 5. Februar 1992 unterzeichnet habe. Dabei hat es aber übersehen, daß diese Vereinbarung auch das

Vorhaben Velden betrifft, und es mit Ausnahme des Umstandes, daß eine Anzahlung bisher nicht stattgefunden habe, dem Vorhaben Fürstendamm gleichgestellt.

5. Auf unzutreffenden Prämissen beruht die weitere Annahme des Berufungsgerichts, Dr. R. [REDACTED] habe bewußt zum Nachteil der Beklagten gehandelt. Es hat hierbei vorausgesetzt, daß der Beklagten kein "sicherer" Anspruch auf Erstattung der an die Klägerin zu leistenden Zahlungen durch ihre Auftraggeberin zugestanden habe. Einen solchen Erstattungsanspruch hat die Klägerin jedoch in erster Instanz unter Beweisantritt vorgetragen und diesen Beweisantritt im Berufungsverfahren wiederholt.

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 Vertragschlusses als Geschäftsführerin ohne Auftrag tätig war. Damit das Berufungsgericht die entsprechenden, noch fehlen-

den Feststellungen (ggfs. nach sachverständiger Beratung über die Angemessenheit der Honoraransprüche) treffen kann, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Boujong

Dr. Hesselberger

Dr. Henze

Dr. Greger

Dr. Boetticher