

BGHZ 93, 146). Die Darlegungs- und Beweislast für diese Voraussetzungen trifft im Streitfall die GmbH.

- d) Beschränkt der erstinstanzlich verurteilte Beklagte seine Berufung zunächst auf einen abtrennbaren Teil des erstinstanzlichen Streitgegenstandes sowie auf eine erstmals in zweiter Instanz erklärte Aufrechnung gegen die Klagforderung, so kann er deren Entstehen insgesamt nicht mehr aus Gründen in Frage stellen, die er bis zum Ablauf der Frist des § 519 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht mitgeteilt hat.

BGH, Urt. v. 21. Juni 1999 - II ZR 47/98 - OLG München
LG München II

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 1999 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 Rechtsmittel der Beklagten zu 2 und 3 werden das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 19. November 1997 teilweise aufgehoben und das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts München II vom 15. Januar 1997 wie folgt abgeändert:

Die Klage gegen den Beklagten zu 2 wird in vollem Umfang, die Klage gegen den Beklagten zu 3 insoweit abgewiesen, als er zur Zahlung von mehr als 100.000,-- DM nebst Zinsen hieraus verurteilt worden ist.

Die weitergehenden Rechtsmittel des Beklagten zu 3 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten der ersten und zweiten Instanz trägt die Klägerin 38 % der Gerichtskosten, die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 voll sowie 13 % der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3. Die Beklagten zu 1 und 3 tragen als Gesamtschuldner 58 %, die Beklagte zu 1 weitere 4 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Klägerin.

- 4 -

Von den Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Klägerin 56,5% der Gerichtskosten, die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 voll sowie 13 % der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 3. Dieser trägt 43,5 % der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Klägerin.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch notariellen Vertrag vom 6. August 1993 erwarben die Beklagte zu 1, eine GmbH, 50 % und die Beklagten zu 2 und 3 jeweils 25 % der Geschäftsanteile der klagenden GmbH. Gleichzeitig übernahm diese von dem Veräußerer die - von ihm ursprünglich der Beklagten zu 1 angebotenen - Rechte zum Bau und Betrieb einer Golfplatzanlage gegen Zahlung eines "Entwicklungshonorars" von 300.000,-- DM netto. Durch eine "Projektübertragungsvereinbarung" mit Datum vom 30. August 1993 übertrug die Beklagte zu 1 ihrerseits der Klägerin - beide vertreten durch die Beklagten zu 2 und 3 als Geschäftsführer - das Golfplatzprojekt gegen einen "Ablösungsbetrag" von 100.000,-- DM zuzüglich 15 % Umsatzsteuer. Kurz darauf veräußerten die Beklagten ihre Geschäftsanteile an der Klägerin zum Teil und im Jahr 1996 ihre restlichen Anteile an die beiden derzeitigen Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin.



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



Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin von den Beklagten zu 1 bis 3 Rück-
erstattung des an die Beklagte zu 1 gezahlten Ablösebetrages von
115.000,-- DM brutto, weil sie damit das Golfplatzprojekt doppelt bezahlt habe.
Sie stützt den Anspruch gegenüber den Beklagten zu 2 und 3 auf §§ 823
Abs. 2 BGB, 266 StGB. Land- und Oberlandesgericht haben der Klage stattge-
geben. Dagegen wenden sich die Beklagten zu 2 und 3 mit ihrer Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten zu 2 ist in vollem Umfang, die des Beklagten
zu 3 insoweit begründet, als er zur Zahlung von mehr als 100.000,-- DM nebst
Zinsen hieraus verurteilt worden ist.

I. Revision des Beklagten zu 2.

1. Ohne Erfolg bleibt allerdings die Revisionsrüge, die Klage gegen den
Beklagten zu 2 auf Schadensersatz sei schon deshalb als unbegründet abzu-
weisen, weil es an dem Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses gemäß
§ 46 Nr. 8 GmbHG fehle.

a) Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß § 46 Nr. 8 GmbHG auch
für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen ehemalige Geschäfts-
führer (wie hier die Beklagten zu 2 und 3) gilt (vgl. BGHZ 28, 355). Es hat viel-
mehr dem im Verhandlungstermin persönlich anwesenden Gesellschafter-
Geschäftsführer L. geglaubt, daß die Klagerhebung zwischen ihm und
seinem derzeit einzigen Mitgesellschafter bzw. Mitgeschäftsführer abgespro-
chen worden sei. Diese tatrichterliche, zusätzlich auf die gleichgerichtete Inter-

essenlage der beiden Gesellschafter-Geschäftsführer sowie weitere Umstände gestützte Feststellung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Daß die von dem anwesenden Geschäftsführer bekundete "Absprache vor Klagerhebung" nach Ort, Zeit oder Form nicht näher konkretisiert worden ist, verwehrte dem Berufungsgericht nicht eine entsprechende Überzeugungsbildung.

b) Entgegen der Ansicht der Revision bedurfte es für die Beschlußfassung der beiden Gesellschafter der Klägerin keiner besonderen Förmlichkeiten im Sinne der Einberufung einer Gesellschafterversammlung (§§ 48 Abs. 1, 49 Abs. 1 GmbHG) oder der Einhaltung des schriftlichen Verfahrens (§ 48 Abs. 2 GmbHG). Die Gesellschafter einer GmbH können auch im Rahmen eines Zusammentreffens ohne förmliche Einberufung einer Gesellschafterversammlung dann Beschlüsse fassen, wenn alle Gesellschafter daran widerspruchslos mitwirken (sog. "Universalversammlung"; vgl. § 51 Abs. 3 GmbHG, Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG 16. Aufl. § 48 Rdn. 25; Roth/Altmeppen, GmbHG 3. Aufl. § 48 Rdn. 27). Soweit der Senat die Möglichkeit eines formlosen Gesellschafterbeschlusses in BGHZ 58, 115, 120 in Frage gestellt hat, handelte es sich um einen satzungsdurchbrechenden Beschluß. Im übrigen ist die dort aufgestellte Voraussetzung für eine formlose Beschlußfassung, daß alle Gesellschafter deutlich genug den Willen zum Ausdruck bringen müßten, eine Gesellschaftsangelegenheit durch gemeinsame Entscheidung verbindlich zu regeln, im vorliegenden Fall erfüllt. Denn durch eine Absprache zwischen den Gesellschaftern, Klage zu erheben, wird der entsprechende Wille zweifellos klar zum Ausdruck gebracht (vgl. auch Sen.Urt. v. 28. Januar 1985 - II ZR 79/84, WM 1985, 567, 569 zur formlosen Feststellung eines Jahresab-

schlusses gem. § 46 Nr. 1 GmbHG). Besondere Beschlußerfordernisse aufgrund der Satzung der Klägerin sind nicht ersichtlich.

2. Erfolg hat die Revision des Beklagten zu 2 jedoch deshalb, weil das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen hat, der Beklagte zu 2 schulde der Klägerin Schadensersatz aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 StGB wegen der von ihm und dem Beklagten zu 3 als damaligen Gesellschafter-Geschäftsführern der Klägerin veranlaßten Zahlung des Ablösungsbetrages an die Beklagte zu 1, worin eine mißbräuchlich-willkürliche, den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung widersprechende Vermögensverschiebung liege.

a) Der Senat ist an der revisionsrechtlichen Prüfung des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs dem Grunde nach nicht dadurch gehindert, daß die Revision neben der (erfolglosen) Rüge des Fehlens eines Gesellschafterbeschlusses gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG lediglich die Auffassung des Berufungsgerichts beanstandet, die Beklagten zu 2 und 3 seien der Klägerin auch für den von ihr an die Beklagte zu 1 gezahlten Mehrwertsteuerbetrag von 15.000,-- DM schadensersatzpflichtig. Da nämlich die Revision die Aufhebung des angefochtenen Urteils insgesamt begehrt und ihre Rüge zum Fehlen eines Gesellschafterbeschlusses als materieller Klagvoraussetzung den geltend gemachten Anspruch insgesamt erfaßt, ist dessen revisionsrechtliche Nachprüfung ohne Bindung an die erhobenen Sachrügen uneingeschränkt eröffnet (vgl. § 559 Abs. 2 Satz 1 ZPO; Musielak/Ball, ZPO § 553 Rdn. 12; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozeßrecht 15. Aufl. S. 870; zu § 519 ZPO vgl. Sen.Urt. v. 8. April 1991 - II ZR 35/90, NJW-RR 1991, 1186 f. zu 1.; BGH, Urt. v. 17. März 1994 - IX ZR 102/93, NJW 1994, 1656 f. zu III 2.).

b) Das Berufungsgericht hat seine Auffassung, die Beklagten zu 2 und 3 hätten mit der von ihnen veranlaßten Zahlung des Ablösungsbetrages aufgrund der "Projektübertragungsvereinbarung" vom 30. August 1993 den Mißbrauchstatbestand des § 266 StGB verwirklicht, in erster Linie auf eine Entscheidung des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 29. Mai 1987 (3 StR 242/86, BGHSt 34, 379 = NJW 1988, 1397) gestützt. Danach sind willkürliche Verschiebungen des Vermögens einer GmbH auch bei Zustimmung sämtlicher Gesellschafter und unabhängig von einer Verletzung des Stammkapitals (§ 30 GmbHG) in der Regel mißbräuchlich i.S. von § 266 StGB, wenn die Vermögensverschiebung entgegen § 41 GmbHG buchmäßig verschleiert und die Zustimmung unter Mißbrauch der Gesellschafterstellung erteilt wird. Schon eine buchmäßige Verschleierung des an die Beklagte zu 1 gezahlten Abgeltungsbetrages ist aber im vorliegenden Fall weder festgestellt noch ersichtlich. Vielmehr geht aus den Geschäftsunterlagen der Klägerin, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, klar hervor, daß sie die Rechte an dem Golfplatzprojekt durch den notariellen Vertrag vom 6. August 1993 von dem Veräußerer Dr. B. und nicht von der Beklagten zu 1 erworben hat und deshalb mit dem gemäß der "Projektübertragungsvereinbarung" vom 30. August 1983 vereinbarten "Ablösungsbetrag" allenfalls eine Entschädigung für den Verzicht der Beklagten zu 1 auf die ursprünglich ihr zugedachte Geschäftschance bezweckt gewesen sein kann. Des weiteren übersieht das Berufungsgericht, daß der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs seine Rechtsprechung im Urteil vom 24. August 1988 (3 StR 232/88, BGHSt 35, 333, 337) der Sache nach im Sinne eines Schutzes der GmbH vor einer über eine bloße Vermögensverminderung hinausgehenden Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz modifiziert hat (zur damaligen Diskussion vgl. Gribbohm, ZGR 1990, 1 ff.; Fleck, ZGR 1990, 31 ff.;

weiter Hachenburg/Kohlmann, GmbHG 8. Aufl. vor § 82 Rdn. 199; Roth/Altmeppen aaO, § 43 Rdn. 71). Eine Existenzgefährdung der Klägerin ist hier nicht ersichtlich.

c) Auch nach der Rechtsprechung des Senates schulden die Gesellschafter einer GmbH dieser grundsätzlich weder wegen Treuepflichtverletzung noch unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung Schadensersatz, wenn sie ihr einvernehmlich handelnd Vermögen entziehen, das zur Deckung des Stammkapitals nicht benötigt wird; unter diesen Voraussetzungen haftet auch der Geschäftsführer, der eine Weisung der Gesellschafter befolgt oder selbst alleiniger Gesellschafter ist, nicht nach § 43 Abs. 2 GmbHG (BGHZ 122, 333, 336 m.w.N.; vgl. auch BGHZ 119, 257, 262). Einem Geschäftsführer, der zugleich Alleingesellschafter ist und praktisch seine eigenen Weisungen ausführt (vgl. BGHZ 119, 257, 261), sind die Beklagten zu 2 und 3 gleichzustellen, weil sie zum Zeitpunkt des Abschlusses der "Projektübertragungsvereinbarung" die alleinigen Gesellschafter der Klägerin neben der ebenfalls von ihnen als Geschäftsführern vertretenen Beklagten zu 1 waren und deshalb zusammengekommen über die gleiche Rechtsmacht verfügten wie ein Alleingesellschafter der Klägerin. Infolgedessen wären sie ihr nur im Fall einer Verletzung ihres Stammkapitals schadensersatzpflichtig, was aber weder festgestellt noch von der Klägerin vorgetragen ist, obwohl der Beklagte zu 2 in den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Schriftsätzen wiederholt auf den Gesichtspunkt des einvernehmlichen Handelns sämtlicher damaliger Gesellschafter der Klägerin hingewiesen hat.

c) Selbst wenn der Ablösungsbetrag an die Beklagte zu 1 zu Lasten des Stammkapitals der Klägerin gezahlt worden sein sollte, käme eine Geschäftsführerhaftung des Beklagten zu 2 nach § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG nur insoweit in Betracht, als der Schadensersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Klägerin erforderlich ist. Entsprechendes gälte unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 31 Abs. 3 GmbHG für die Subsidiärhaftung des Beklagten zu 2 als Gesellschafter der Klägerin. Auch die Voraussetzungen dieser Vorschriften sind weder festgestellt noch von der Klägerin dargetan. Soweit der Senat früher (BGHZ 93, 146; vgl. auch Sen.Urt. v. 27. März 1995 - II ZR 30/94, ZIP 1995, 736) eine von § 31 Abs. 3 GmbHG unabhängige Haftung des Mitgeschafter für möglich gehalten hat, der eine gemäß § 30 GmbHG unzulässige Leistung an einen anderen Gesellschafter (wie hier an die Beklagte zu 1) durch zustimmende Mitwirkung schuldhaft veranlaßt oder gefördert hat, hält der Senat hieran nicht fest, weil dadurch die differenzierte, tendenziell auf eine Haftungsbegrenzung des Mitgeschafter angelegte Regelung des § 31 Abs. 3 GmbHG unterlaufen würde (vgl. Scholz/Westermann, GmbHG 8. Aufl. § 31 Rdn. 31; Lutter/Hommelhoff, GmbHG 14. Aufl. § 31 Rdn. 22; Baumbach/Hueck, GmbHG 16. Aufl. § 31 Rdn. 17 a; Hachenburg/Goerdeler/Müller, GmbHG 8. Aufl. § 31 Rdn. 57). Nach dem Senatsurteil vom 23. Juni 1997 (II ZR 220/95, ZIP 1997, 1450) bestimmen sich die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG selbst dann ausschließlich nach § 31 GmbHG, wenn es den Beteiligten auf eine Umgehung dieser Vorschriften ankommt.

d) Die rechtskräftige Verurteilung der Beklagten zu 1 zur Rückzahlung der 115.000,-- DM hat keine Wirkung im Verhältnis zu dem Beklagten zu 2.

3. Da nach allem die Voraussetzungen einer Schadensersatzpflicht des Beklagten zu 2 gegenüber der Klägerin dem Grunde nach nicht vorliegen bzw. nicht dargetan sind, bedarf es keiner Entscheidung zu der Revisionsrüge, ein etwaiger Schadensersatzanspruch der Klägerin erfasse jedenfalls nicht den von ihr auf die Abgeltung gezahlten und ihr von der Finanzbehörde erstatteten Mehrwertsteuerbetrag.

II. Revision des Beklagten zu 3.

1. Die vorinstanzliche Verurteilung des Beklagten zu 3 ist - im Gegensatz zu derjenigen des Beklagten zu 2 - nur noch beschränkt überprüfbar, weil er in der Berufungsinstanz seine erstinstanzliche Verurteilung nur zum Teil in zulässiger Weise angegriffen hat, was auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu berücksichtigen ist (vgl. BGHZ 102, 37, 38; Musielak/Ball, ZPO § 559 Rdn. 10).

Der Beklagte zu 3 hat in seiner Berufungsbegründung ausgeführt, er wende sich "nicht mehr gegen die Feststellung des Landgerichts, die Klägerin habe mit der Zahlung der 115.000,-- DM an die Beklagte zu 1 das Golfplatzprojekt (teilweise) doppelt bezahlt". Er hat seinen Antrag auf Klagabweisung unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils nur mit dem Fehlen eines Schadensersatzanspruchs der Klägerin hinsichtlich der Mehrwertsteuer und im übrigen mit einer erstmals in zweiter Instanz erklärten Aufrechnung der Beklagten zu 1 gegenüber der Klagforderung begründet, hat also die vom Landgericht ausgeurteilte Schadensersatzverpflichtung in Höhe von 100.000,-- DM nicht angegriffen. Darin liegt eine entsprechende Berufungsbeschränkung, die

neben Teilen des Streitgegenstandes (Mehrwertsteuer) auch hinsichtlich der Aufrechnung mit einer Gegenforderung erfolgen kann (vgl. BGHZ 53, 152, 154 sowie zum Zurückbehaltungsrecht BGHZ 45, 289; Zöller/Gummer, ZPO 21. Aufl. § 519 Rdn. 29; Müller-Rabe, NJW 1990, 283, 285 f.). Soweit sich der Beklagte zu 3 erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht auf das Fehlen eines Gesellschafterbeschlusses als materieller Anspruchsvoraussetzung gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG berufen und damit nunmehr seine erstinstanzliche Beschwer in Form der ausgeurteilten Schadensersatzverpflichtung insgesamt angegriffen hat, war die darin liegende Erweiterung seines Rechtsmittels unzulässig, weil sie sich nicht mehr im Rahmen der bis zum Ablauf der Frist des § 519 Abs. 2 Satz 2 ZPO mitgeteilten Berufungsbegründung hielt (vgl. BGHZ 88, 360, 364; Zöller/Gummer aaO Rdn. 31). Die auf § 530 Abs. 2 ZPO gestützte Nichtzulassung des Aufrechnungseinwandes durch das Berufungsgericht greift die Revision nicht an.

2. In ihrem revisionsrechtlich noch überprüfbaren Umfang, nämlich hinsichtlich der Verurteilung des Beklagten zu 3 zum Ersatz der Mehrwertsteuer, ist seine Revision aus denselben Gründen wie diejenige des Beklagten zu 2 begründet.

III. Da die Sache entscheidungsreif ist, hat der Senat unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit die Revisionen der Beklagten zu 2 und 3 begründet sind, in der Sache selbst zu entscheiden . Die Klage gegen den Beklagten zu 2 ist insgesamt, diejenige gegen den Beklagten zu 3 insoweit abzuweisen, als er zur Zahlung des Mehrwertsteuerbetrages von 15.000,-- DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

Röhrich

Hesselberger

Goette

Kurzwelly

Kraemer