

22

- a) Einen Gesellschafterbeschuß, der sich in der Ablehnung eines Antrags erschöpft, braucht der Antragsteller im allgemeinen nicht anzufechten, um sich einen mit dem Antrag geltend gemachten Anspruch gegen die GmbH zu erhalten.
- b) Wird das Recht eines Gesellschafters auf gleichmäßige Behandlung dadurch verletzt, daß die GmbH mit der Gewährung vertraglicher Vorteile an andere Gesellschafter eine Gewinnausschüttung vorwegnimmt, so kann der übergangene Gesellschafter unter Umständen eine Ausgleichszahlung aus der Gesellschaftskasse beanspruchen, wenn dies als eine allen Beteiligten am ehesten zumutbare und sachgerechte Lösung erscheint.

BGH, Urt. v. 15. Mai 1972 - II ZR 70/70 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 70/70

URTEIL

Verkündet am

15. Mai 1972
Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dipl. Landwirts Dr. Emil K [REDACTED],
Bad O [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Ke [REDACTED]-Hof GmbH, Musterlager für Inland und Export,
vertreten durch ihre Geschäftsführer Dr. Hermann M [REDACTED]
und Walter J [REDACTED], H [REDACTED], R [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr v. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 1972 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundes-
richter Fleck, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts zu Hamburg vom 17. April 1970
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als
es den Zahlungsantrag betrifft. In diesem
Umfang wird die Sache zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Über die Kosten der Revision wird das Berufungs-
gericht zu entscheiden haben.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Ende 1950 gründeten 21 Handelsvertreter die beklagte GmbH, deren Geschäftsgegenstand "die Schaffung und Erhaltung eines oder mehrerer Geschäftshäuser zum Zwecke der Bereitstellung von Musterlagern und Kontoren für die Handelsvertreter der keramischen Industrie und anderer Industriezweige sowie der Erwerb, die Bebauung und die Verwaltung hierfür geeigneter Grundstücke innerhalb der Hansestadt Hamburg" ist. Die Beklagte erwarb ein Grundstück und errichtete darauf im Jahre 1952 ein Geschäftshaus, den "Keramikhof". Über die Räume schloß sie mit ihren Gesellschaftern und mit einigen Nichtgesellschaftern Mietverträge ab. Während die Verträge mit den fremden Mietern zunächst bis zum 31. Dezember 1967 liefen, konnten die Verträge mit den Gesellschaftern frühestens zum 31. Dezember 1962 und alsdann mit einer Frist von drei Monaten zum Ende des Kalendervierteljahres gekündigt werden; außerdem unterwarf sich jeder dieser Mieter "denjenigen Änderungen des Mietzinses, die künftig etwa von den Gesellschafterversammlungen ... beschlossen und ihm schriftlich mitgeteilt werden".

Im Jahre 1958 erwarb der Kläger Geschäftsanteile an der Beklagten in Höhe von 8.800 DM; das sind 5,87 % des Stammkapitals. Zugleich trat er in den Mietvertrag seines Rechtsvorgängers über Kontor- und Ausstellungsräume im Erdgeschoß des "Ke[REDACTED]" mit einer Fläche von 80 qm ein. Die zunächst auf 27,50 DM je qm bemessene Jahresmiete wurde, wie für alle Mieter der Beklagten, vom 1. Januar 1963 an durch Gesellschafterbeschuß auf 30 DM je qm (= 2.400 DM) erhöht. Infolge von Meinungsverschiedenheiten mit dem Kläger über die Art und Weise seiner Raum-

nutzung kündigte die Beklagte den Mietvertrag zum 30. Juni 1963. Nach rechtskräftiger Verurteilung gab der Kläger die Mieträume am 15. Mai 1964 an die Beklagte heraus, die sie vom 1. Oktober 1964 an als Laden zu einem Mietzins von monatlich 900 DM (= jährlich 10.800 DM) weitervermietete.

In einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung vom 29. Juni 1964 beantragte der Kläger, die Geschäftsführung anzuweisen, ihm als Ausgleich für die ersatzlose Entziehung seiner Mieträume bis zu einer einheitlichen Regelung im Gesellschaftsvertrag monatlich 200 DM zu zahlen. Dabei ging er davon aus, daß die von ihm gezahlte Miete weit unter dem Marktpreis gelegen habe und er diesen Vorteil jetzt im Gegensatz zu den anderen Gesellschaftern nicht mehr ausnutzen könne. Die Gesellschafterversammlung lehnte seinen Antrag ab. Sie erörterte aber die damit aufgeworfene Frage, ob in der billigen Vermietung an Gesellschafter eine verdeckte Gewinnausschüttung liege und wie sich dies steuerlich auswirken könne, und beschloß, sie durch einen Ausschuß prüfen zu lassen. Dieser Ausschuß kam in einem Memorandum zu dem Ergebnis, daß es, um eine angemessene Verzinsung der Geschäftsanteile zu gewährleisten, sowie aus steuerlichen Gründen zweckmäßig wäre, die Mieten alsbald anzuheben. Die folgende Gesellschafterversammlung vom 12. April 1965 lehnte den erneuten Antrag des Klägers auf eine Ausgleichszahlung wiederum ab. Sie genehmigte den Jahresabschluß zum 31. Dezember 1964, bei dem der Jahresgewinn mit einem höheren Verlustvortrag verrechnet war, so daß noch ein Verlust von 3.785,85 DM verblieb.

In der Folgezeit wandte sich der Kläger an seine Mitgesellschafter mit der Forderung, die Geschäftsführer

anzuweisen, die Mietverträge mit allen Mietern, insbesondere mit den Gesellschaftern, zu kündigen und die Mieten auf 7 DM je qm monatlich (= jährlich 84 DM je qm) zu erhöhen. Nachdem ein inzwischen eingeholtes Gutachten zu dem Ergebnis gekommen war, eine Vermietung zu jährlich 30 DM anstatt zu dem ortsüblichen Satz von etwa 70 DM je qm sei steuerlich eine verdeckte Gewinnausschüttung, beschlossen die Gesellschafter auf einer außerordentlichen Versammlung vom 16. November 1965, die Mieten vom 1. April 1966 an auf jährlich 48 DM zu erhöhen. Nach Erhebung der vorliegenden Klage stellte der Kläger in einer weiteren Gesellschafterversammlung vom 25. April 1966 den Antrag, ihm für die Zeit vom 1. Januar 1964 bis zum 31. Dezember 1965 den auf seinen Geschäftsanteil entfallenden Gewinn auszuzahlen, den er erhalten haben würde, wenn die Beklagte die übliche Marktmiete von 72 DM je qm jährlich von ihren Mietern eingezogen hätte. Auch dieser Antrag blieb erfolglos.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger unter anderem beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 2.350 DM mit Zinsen zu verurteilen. Diesen auf das Jahr 1964 bezogenen Anspruch hat er damit begründet, die Beklagte verstoße gegen Treu und Glauben, die guten Sitten und den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Gesellschafter, wenn sie den anderen Gesellschaftern eine verdeckte Gewinnausschüttung in Gestalt einer Mietermäßigung zugewandt habe, ihm dagegen nach Kündigung seiner Mieträume einen entsprechenden Gewinnanteil vorenthalte. Tatsächlich betrage die Marktmiete mindestens 72 DM je qm jährlich. Durch die Weigerung, die Mieten auf diesen Satz zu erhöhen, habe die Beklagte ihren Bilanzgewinn auf seine Kosten verkürzt. Hierdurch sei ihm für die Zeit vom 16. Mai bis zum 31. Dezember 1964 ein Gewinnanteil in Höhe der Klageforderung entgangen.

Die Beklagte hat erwidert, da der Gesellschaftsvertrag ein Anrecht auf Mieträume nicht begründe, habe der Kläger wie jeder Gesellschafter von vornherein das Risiko getragen, die Vorteile aus dem Mietverhältnis eines Tages zu verlieren. Infolge der Vererbung von Geschäftsanteilen gebe es noch mehr Gesellschafter, die nicht Mieter seien. Zudem habe der Kläger die Kündigung zu vertreten, weil er unerlaubt untervermietet habe. Hinsichtlich der Gewinne sei er wie alle Gesellschafter entsprechend seinem Geschäftsanteil behandelt worden. Eine verdeckte Gewinnausschüttung liege nicht vor, auch stimme die Berechnung des Klägers nicht.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Zutreffend sieht das Berufungsgericht in dem Ausschluß des Klägers von einem Mietvorteil, den die Beklagte anderen Gesellschaftern gewährt hat, einen Verstoß gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Gesellschafter. Nach seinen Feststellungen lag der Mietzins von jährlich 30 DM je qm, den die Gesellschafter, die Räume im Geschäftshaus der Beklagten benutzten, laut Gesellschafterbeschuß im Jahre 1964 zu entrichten hatten, erheblich unter dem ortsüblichen Satz. Diesen Gesellschaftern ist daher aus dem Vermögen der Beklagten ein beträchtlicher wirtschaftlicher Vorteil zugeflossen, und zwar, wie das Berufungsgericht weiter feststellt, nicht unabhängig von ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, sondern gerade mit Rücksicht darauf

Hierin lag ungeachtet der Vertragsform, in die der zugewendete Vermögensvorteil gekleidet war, gesellschaftsrechtlich eine vorweggenommene Gewinnausschüttung (Ballerstedt, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, 1949 S. 114 ff).

Diese Gewinnzuwendung blieb dem Kläger - nach seinem Vortrag als einzigem Gesellschafter - infolge der Kündigung seiner Mieträume vom 15. Mai 1964 an vorenthalten, ohne daß sich für die unterschiedliche Behandlung eine Grundlage in der Satzung der Beklagten oder sonst ausreichende sachliche Gründe finden ließen (vgl. BGHZ 33, 175, 186). Wie gerade die Beklagte betont hat, verpflichtet sie der Gesellschaftsvertrag nicht dazu, überhaupt mit ihren Gesellschaftern Mietverträge abzuschließen, geschweige denn, ihnen Mieträume verbilligt zu überlassen. Infolgedessen kann sie dem Kläger nicht entgegenhalten, mit einem vergünstigten Angebot von Mieträumen und damit auch mit der Möglichkeit, unter Umständen keinen Gebrauch davon machen zu können, müsse nach ihrer Satzung jeder Gesellschafter von vornherein rechnen.

Wenn die Beklagte aber schon zu Lasten des Gesellschaftsvermögens auf ein angemessenes Entgelt für die an Gesellschafter vermieteten Räume verzichtete, so mußte sie dem Kläger, um sein Gewinnbezugsrecht nicht zu schmälern, den gleichen Vorteil zukommen lassen. Daß ihr dies aus einem vom Kläger zu vertretenden Grunde unmöglich oder auch nur unzumutbar gewesen sei, ist nicht dargetan. Der Ausschluß des Klägers von der vergünstigten Raumnutzung beruht auf der ordentlichen Kündigung seines Mietverhältnisses, also auf einer freien Entscheidung der Geschäftsführer. Die Beklagte hat zwar geltend gemacht, der wirkliche

Grund für die Kündigung sei gewesen, daß der Kläger sich vertragswidrig verhalten, insbesondere unbefugt untervermietet habe. Dieses Vorbringen vermag aber nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts die wirtschaftliche Benachteiligung des Klägers gegenüber den anderen Gesellschaftern sachlich um so weniger zu rechtfertigen, als die Beklagte die Räume nach seinem Auszug zu einem wesentlich höheren Mietzins weitervermietet und damit den wirtschaftlichen Vorteil, den sie dem Kläger im Gegensatz zu seinen Mitgesellschaftern verweigert, selbst vereinnahmt hat.

Das Recht des Klägers auf gleichmäßige Behandlung ist demnach durch die Zuwendung als Gewinn zu betrachtender Vermögensvorteile an andere Gesellschafter verletzt, ohne daß es hierfür darauf ankommt, ob diese Vorteile in der Bilanz der Beklagten tatsächlich als Gewinn ausgewiesen sind oder hätten ausgewiesen werden müssen (vgl. Ballerstedt aaO S. 120, 170 ff).

II. Gleichwohl versagt das Berufungsgericht dem Kläger einen Anspruch gegen die Beklagte auf Ausgleich der ungerechtfertigten Benachteiligung. § 29 GmbHG, der als Grundlage für einen solchen Anspruch allein in Betracht komme, gebe einen fälligen und klagbaren Anspruch auf Gewinnausschüttung nur aufgrund eines Gewinnverteilungsbeschlusses gemäß § 46 Nr. 1 GmbHG, der hier für 1964 nicht vorliege. Zwar hafte der Mangel eines Verstoßes gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung auch dem Beschluß über die Genehmigung der Jahresbilanz zum 31. Dezember 1964 an. Dieser Mangel mache den Beschluß und die anderen vom Kläger beanstandeten Beschlüsse aber nicht unwirksam, sondern nur anfechtbar. Eine ausdrückliche Anfechtungsklage habe der Kläger nicht erhoben.

Selbst wenn man im vorliegenden Fall eine Zahlungsklage grundsätzlich als ausreichend ansehe und weiterhin entgegen der wirklichen Sach- und Rechtslage davon ausgehe, daß der Kläger sie rechtzeitig erhoben habe, fehle es hier an den besonderen Voraussetzungen, unter denen das Gericht nicht nur einen fehlerhaften Beschluß beseitigen, sondern zugleich auch den bei richtiger Bilanzierung dem Gesellschafter zustehenden Gewinnanteil von sich aus errechnen und ihm zusprechen dürfe, ohne daß zuvor die Gesellschafterversammlung den Reingewinn entsprechend neu festgestellt und verteilt habe. Ein solches Leistungsurteil sei nämlich nur dann zulässig, wenn sich der Gewinnanteil nach Fortfall des anfechtbaren Beschlusses aufgrund klarer und unstreitiger Verhältnisse ohne weiteres beziffern lasse. Hier sei dagegen gerade umstritten und noch völlig unklar, wie ein etwaiger Gewinnanspruch des Klägers zu errechnen sei. Es müßte zunächst für 1964 eine völlig neue Bilanz aufgestellt werden, ohne daß die Grundlagen hierfür in den entscheidenden Punkten auch nur einigermaßen feststünden. Da die Bilanz nur tatsächlich erzielte Einnahmen ausweisen dürfe, setze ihre Änderung auf der Aktivseite zunächst eine nachträgliche Mieterhöhung voraus, deren Zustandekommen tatsächlich und rechtlich fragwürdig sei. Außerdem gebe es noch andere Wege, dem Kläger zu dem gewünschten Gewinnausgleich zu verhelfen. So könnten die begünstigten Gesellschafter verpflichtet werden, den Gewinnbetrag, den der Kläger bei Vermietung zu ortsüblichen Sätzen erhalten hätte, anteilig aufzubringen, oder die Gesellschafter könnten nunmehr beschließen, den in 1964 tatsächlich erzielten Reingewinn nicht in voller Höhe auf den Verlustvortrag anzurechnen, sondern zum Teil an den Kläger auszuschütten. Zwischen diesen verschiedenen

Möglichkeiten zu wählen und danach unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, aber auch der steuerlichen Auswirkungen, für das Jahr 1964 anstatt der bisherigen eine neue Bilanz festzustellen, sei nicht Sache des Gerichts.

III. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit Recht. Sie laufen praktisch darauf hinaus, daß der Kläger sein Recht auf gleichmäßige Behandlung entweder überhaupt nicht durchsetzen könnte oder auf den rechtlich zweifelhaften Weg einer Klage gegen seine Mitgesellschafter angewiesen wäre. Eine solche Beurteilung wird dem vorliegenden Sachverhalt nicht gerecht.

1. Der Umstand, daß der Kläger keine Anfechtungsklage erhoben hat und eine Auslegung seines Zahlungsantrags dahin, daß in ihm zugleich eine Beschlusanfechtung liegt, schon an der unterschiedlichen Urteilswirkung scheitern muß (vgl. § 248 A tG), steht dem Klageanspruch nicht entgegen. Denn es fehlt an einem Gesellschafterbeschuß, der die Geschäftsführer der Beklagten so bestimmt und eindeutig dazu ermächtigt hätte, durch die verbilligte Hergabe von Mieträumen andere Gesellschafter vor dem Kläger zu bevorzugen, daß der Kläger sich zu einer Anfechtung hätte genötigt sehen müssen. Die im Schrifttum umstrittene, in der Entscheidung des Senats LM GenG § 18 Nr. 2 offengelassene Frage, ob ein Gesellschafterbeschuß, der im Einzelfall einen Gesellschafter willkürlich schlechter als andere Gesellschafter stellt, ohne jedoch in ein Sonder- oder Gläubigerrecht einzugreifen, ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters unwirksam oder nur anfechtbar ist, wie das Berufungsgericht angenommen hat, kann daher auch in diesem Fall auf sich beruhen.

a) Der Gesellschafterbeschuß, den Mietzins vom 1. Januar 1963 an, also für einen Zeitpunkt, zu dem der Kläger noch Mieter der Beklagten war, auf jährlich 30 DM je qm festzusetzen, besagte nicht, daß der Kläger von dieser Vergünstigung ausgeschlossen sein sollte. Dasselbe gilt für den Beschluß vom 12. April 1965, durch den die Gesellschafter die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung für 1964 genehmigt haben; auch er deckt nicht eine ungleichmäßige Behandlung des Klägers. Denn er befaßt sich weder unmittelbar mit der Höhe der Mieten im "Keramikhof" noch mit der Frage, welchen Gesellschaftern der mit einer geringen Miete verbundene Vorteil zukommen sollte. Zwar stand die geringe Höhe des ausgewiesenen Jahresgewinns für Eingeweihte ersichtlich im Zusammenhang mit dem Verzicht auf angemessene Mieterträge, der wiederum erst in Verbindung mit der von den Geschäftsführern ausgesprochenen Kündigung zu einer Benachteiligung des Klägers führte. Diese Benachteiligung war aber nicht Inhalt der Bilanzfeststellung, die insoweit lediglich die Folgerungen aus den tatsächlichen Ertragsverhältnissen zog. Sie ergab sich vielmehr aus einer außerhalb der Bilanz eingetretenen Sachlage. Wenn die Gesellschafterversammlung mit der Genehmigung der Bilanz diese Sachlage stillschweigend hingenommen hat, so liegt darin noch keine nach außen deutlich erkennbar gewordene Entschlieûung, den Kläger schlechter als andere Gesellschafter zu behandeln oder entsprechende Maßnahmen der Geschäftsführung positiv zu billigen. Nur ein solcher ersichtlich auf ungleichmäßige Behandlung gerichteter Beschluß hätte aber den Kläger vor die Notwendigkeit stellen können, ihn anzufechten, um sich seine Rechte zu erhalten.

b) Eine Anfechtung der Beschlüsse, mit der die Gesellschafterversammlung lediglich die Anträge des Klägers auf eine Ausgleichszahlung für den ihm entgangenen Mietvorteil abgelehnt hat, war weder erforderlich noch überhaupt ein geeignetes Mittel, um dem Kläger einen solchen Ausgleich zu verschaffen; dabei mag mit der herrschenden Meinung davon auszugehen sein, daß grundsätzlich auch ablehnende Beschlüsse angefochten werden können (Nachweise bei Baltzer, GmbHRdsch 1972, 57, 58 Fn. 11). Die Wirkungen eines rein negativen Abstimmungsergebnisses, wie es hier vorliegt, erschöpfen sich verfahrensmäßig in dem Verbrauch des jeweils gestellten Antrags und tatsächlich in der Aufrechterhaltung des Zustands, wie er vor dem Antrag bestanden hatte (Baltzer aaO S. 60, 61 und Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965 S. 171). Damit ist weder das Nichtbestehen des geltend gemachten Anspruchs verbindlich festgestellt, wie etwa durch ein klagabweisendes Urteil, noch der Antragsteller sonstwie gehindert, seinen Anspruch innerhalb oder außerhalb der Gesellschafterversammlung weiterhin zu erheben, jedenfalls soweit die Satzung nichts anderes bestimmt; so hat denn auch der Kläger noch während dieses Rechtsstreits in der Gesellschafterversammlung vom 25. April 1966 eine erneute - freilich abermals negative - Entscheidung über seinen Anspruch erwirkt. An dieser Rechtslage würde eine erfolgreiche Anfechtung der ablehnenden Beschlüsse nichts ändern. Sie hätte weder die Bedeutung, die auch ohnedies nicht ausgeschlossene Weiterverfolgung des Anspruchs erst zu ermöglichen, noch könnte sie dem Kläger darüber hinaus zu einer bestimmten positiven Entscheidung verhelfen.

2. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Gesellschafter läßt sich vielfach auf verschiedene Weise wieder ausgleichen. Besteht er in der ungleichmäßigen Gewährung von Vorteilen, so können die begünstigten Gesellschafter zur Rückgewähr dieser Vorteile verpflichtet werden, oder es kann umgekehrt dem übergangenen Gesellschafter eine gleichartige Leistung zugebilligt werden (Ballerstedt aaO S. 175). Unter Umständen kann der Verstoß unmittelbar einen Anspruch des benachteiligten Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf eine bestimmte Ausgleichsleistung begründen. Ein solcher Anspruch ist nach der Rechtsprechung des Senats dann in Betracht zu ziehen, wenn bei Berücksichtigung der beiderseitigen Treuepflicht keine andere Lösung gangbar erscheint, etwa weil es unzumutbar oder sogar aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist, den bevorzugten Gesellschaftern den einmal gewährten Vorteil wieder zu entziehen (BGH LM GenG § 18 Nr. 2). Ein ähnlicher Sachverhalt ist hier gegeben.

Für das Jahr 1964, um das es in diesem Rechtsstreit allein geht, kann die Beklagte eine Gleichstellung des Klägers nicht mehr nachträglich in der Weise herbeiführen, daß sie ihm ebenfalls Mieträume zu vergünstigten Bedingungen überläßt. Die Möglichkeit, stattdessen die Mieten noch für 1964 allgemein auf den ortsüblichen Stand anzuheben, einen entsprechenden Gewinn in der Bilanz auszuweisen und ihn gleichmäßig an alle Gesellschafter im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile auszuschütten, mag der Beklagten ursprünglich offengestanden haben. Es kann darüber hinaus unterstellt werden, daß die Beklagte entgegen den vom Berufungsgericht geäußerten Zweifeln auch heute noch mindestens gegenüber den Mietern, die ihre

Gesellschafter sind, aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Bindungen eine Handhabe hätte, die Miete rückwirkend zu erhöhen. Der Kläger selbst besteht aber nicht auf einer solchen rückwirkenden Lösung; er will sich gemäß seinem Klageantrag mit einer Zahlung aus der Gesellschaftskasse begnügen, die ihn wirtschaftlich den anderen Gesellschaftern gleichstellt. Andererseits ist auch die Beklagte zu einer rückwirkenden Mieterhöhung für 1964 nicht bereit. In der Tat wäre eine solche Maßnahme für sie mit einer erheblichen Belastung verbunden, zumal inzwischen mehrere Jahre verstrichen sind. Abgesehen von den Schwierigkeiten, einen Nachzahlungsanspruch gegenüber den bisher begünstigten Gesellschaftern durchzusetzen, müßte die Beklagte eine für ihren Geschäftsbetrieb wesentliche Praxis, die sich in der Vergangenheit abgespielt hat und mit der ursprünglich auch alle Gesellschafter einverstanden waren, mit allen tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen noch nachträglich umstoßen und durch eine völlig neue Handhabung ersetzen, nur um einem einzelnen Gesellschafter zu seinem Recht zu verhelfen. Dazu müßte sie nicht nur den genehmigten Jahresabschluß für 1964, sondern auch die darauf aufbauenden Abschlüsse späterer Jahre, nach denen die Geschäftsführung inzwischen ihre kaufmännischen Entscheidungen ausgerichtet hat, grundlegend ändern. Das alles bleibt der Beklagten ebenso wie den Mitgesellschaftern des Klägers erspart, wenn sie den Gleichstellungsanspruch des Klägers durch eine Geldzahlung befriedigen kann.

Unter diesen Umständen kann sich die Beklagte gegenüber dem Kläger nach Treu und Glauben nicht auf die von ihr selber abgelehnte Möglichkeit berufen, die bevorzugten Gesellschafter noch für 1964 zu Nachzahlungen heranzuziehen.

Nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand kommt vielmehr nur die Lösung in Betracht, die der Kläger selbst für ausreichend erachtet und die andererseits auch die Beklagte am wenigstens beschwert, nämlich eine Zahlung aus Gesellschaftsmitteln, die dem Kläger einen wirtschaftlichen Ausgleich dafür bietet, daß er nicht mehr, wie andere Gesellschafter, Geschäftsräume im "Ke[REDACTED]" vergünstigt nutzen konnte. Hierzu bedarf es keiner Änderung zurückliegender Bilanzen, wie sie dem Berufungsgericht vorgeschwebt hat. Der Anspruch auf eine Ausgleichszahlung kann vielmehr aus den Erträgen des laufenden Geschäftsjahres erfüllt werden, vorausgesetzt allerdings, daß die Zahlung keine Unterbilanz zur Folge hat (§ 30 GmbHG; vgl. Schmidt in Hachenburg, GmbHG 6. Aufl. § 29 Anm. 8, § 30 Anm. 8; Ballerstedt aaO S. 90, 172 ff). Es wird Sache der Geschäftsführung sein, im Einvernehmen mit der Gesellschafterversammlung dem Anspruch des Klägers auf nachträgliche Gleichstellung mit den anderen Gesellschaftern in der Bilanz Rechnung zu tragen und dabei auch die steuerliche Seite zu berücksichtigen. Eine Klärung der damit zusammenhängenden Fragen ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Voraussetzung für den vom Kläger erstrebten Ausgleich, sondern eine notwendige Folgerung aus der Sach- und Rechtslage, wie sie sich durch die ungleichmäßige Behandlung nun einmal ergeben hat.

3. Bei der Berechnung des hiernach dem Kläger zuzubilligenden Ausgleichsanspruchs ist davon auszugehen, daß die anderen Gesellschafter für die fragliche Zeit aus dem Gesellschaftsvermögen einen Vorteil in Höhe des Unterschieds zwischen der tatsächlich gezahlten und der objektiv angemessenen Miete gezogen haben. Ein gleichwertiger Vorteil steht

auch dem Kläger im Verhältnis seines Geschäftsanteils zu. Er wird sich, gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen, ohne größere Schwierigkeiten errechnen lassen. Dabei ist allerdings zu vermeiden, daß der Kläger nun seinerseits vor anderen Gesellschaftern bevorzugt wird. Er darf daher, gemessen an seiner Beteiligung, nicht mehr erhalten, als die Gesamtheit der bisher begünstigten Gesellschafter durch die verbilligte Raumnutzung im Durchschnitt erspart hat.

Der Kläger selbst hat freilich seinen Klageanspruch anders errechnet. Während er mit seinen Anträgen an die Gesellschafterversammlung zunächst noch "für die ersatzlose Entziehung seiner Mieträume" eine "Ausgleichszahlung von monatlich 200 DM gefordert hatte, legt er jetzt einen fiktiven Gewinnanteil zugrunde, den er bei Vermietung aller Räume zum ortsüblichen Satz erhalten hätte. Diese unterschiedliche Berechnung verändert aber weder den Klageanspruch noch den Klagegrund. Nach wie vor fordert der Kläger im Grunde nichts anderes als geldlichen Ausgleich für einen wirtschaftlichen Nutzen, den andere Gesellschafter im Gegensatz zu ihm aus dem Gesellschaftsvermögen gezogen haben. Die hierfür notwendigen Tatsachen sind, soweit ersichtlich, im wesentlichen vorgetragen (vgl. insbesondere das Rundschreiben des Gesellschafters Falke vom 31. 3. 1965 mit Anlage D und das Gutachten des Hausmaklers Pfau vom 27. 1. 1967).

IV. Die Abweisung des Zahlungsanspruchs läßt sich daher nicht aufrechterhalten. Insoweit ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da zur Höhe des Anspruchs noch tatsächliche Feststellungen notwendig sind.

Stempel

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Dr. Tidow