

8° 2 86-27/18

Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht

UKB

Herausgegeben

von

Reinhard Goerdeler · Marcus Lutter
Walter Odersky · Herbert Wiedemann

18. Jahrgang

1989



Walter de Gruyter · Berlin · New York



T. Doel. 11

Archiv-Nr. 3109006035

© Copyright 1989 by Walter de Gruyter & Co., Berlin

Die in der Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden.

Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden. Jede im Bereich eines gewerblichen Unternehmens hergestellte oder benutzte Kopie dient gewerblichen Zwecken gem. § 54 (2) UrhG und verpflichtet zur Gebührenzahlung an die VG WORT, Abteilung Wissenschaft, Goethestraße 49, 8000 München 2, von der die einzelnen Zahlungsmodalitäten zu erfragen sind.

Verantwortlich für den redaktionellen Teil: Professor Dr. Marcus Lutter, Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, Adenauerallee 24–42, 5300 Bonn 1.

Verantwortlich für den Anzeigenteil: Dietrich Foth im Verlag Walter de Gruyter. Zur Zeit gültige Anzeigenpreisliste Nr. 11 v. 1.1.1988. Anzeigenschluß: 4 Wochen vor Erscheinen.

Verlag: Walter de Gruyter & Co., Genthiner Str. 13, D-1000 Berlin 30, Telefon: (030) 260 05-0, Fernschreiber: 184 027, Fernkopierer: (030) 26 00 52 51, Postgirokonto: Berlin (West) 103 07-108 (BLZ 100 100 10).

Die Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR) erscheint vierteljährlich jeweils im Januar, April, Juli, Oktober. Abonnementspreis z. Z. jährlich DM 244,-, gebunden DM 284,- Vorzugspreis für Studenten und Referendare (gegen Vorlage einer Ausbildungsbescheinigung) DM 134,-, Einzelheft DM 70,-, jeweils zuzüglich Versandkosten ab Verlag.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, Steinkopf & Sohn, D-1000 Berlin 36
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, D-1000 Berlin 61

Inhaltsverzeichnis

BAUMANN, HORST/REISS, WILHELM: Satzungsergänzende Vereinbarungen – Nebenverträge im Gesellschaftsrecht	157
BEUTHIEN, VOLKER: Zweitmitgliedschaft wider Willen? – Mitgliedschaftsvermittlungsklauseln im Vereinsrecht	255
BORK, REINHARD: Materiell-rechtliche und prozeßrechtliche Probleme des Organstreits zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft	1
BRANDES, HELMUT: Die Behandlung von Nutzungsüberlassungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung unter Gesichtspunkten des Kapitaleratzes und der Kapitalerhaltung	244
DÖLLERER, GEORG: Die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zum Steuerrecht der Unternehmen	500
FORSTMOSER, PETER: Die neue schweizerische Strafnorm gegen Insider-Geschäfte	124
GRUNEWALD, BARBARA: Zum Informationsrecht in der GmbH & Co. KG	545
HAGER, JOHANNES: Die verdeckte Gewinnausschüttung in der GmbH	71
HERRMANN, HARALD: Der ungedeckte Fehlbetrag nach § 268 Abs. 3 HGB und die Folgepflichten für Abschlußprüfer und Gesellschaftsorgane in AG und GmbH	273
HUECK, GÖTZ: Die Behandlung von Nutzungsüberlassungen im Rahmen einer Betriebsaufspaltung als Gesellschafterdarlehen?	216
JOOST, DETLEV: Vorbelastungshaftung und Leistung der Bareinlage in das Vermögen der Vor-GmbH vor Fälligkeit	554
KIRCHNER, HILDEBERT: Bibliographie zum Gesellschaftsrecht	564
KRONKE, HERBERT: Grenzüberschreitende Personengesellschaftskonzerne – Sachnormen und Internationales Privatrecht	473
MARBURGER, PETER: Zum „Verzicht“ auf den Bestimmtheitsgrundsatz in der Personenhandelsgesellschaft – Besprechung der Entscheidung BGH NJW 1988, 411	146
NOACK, ULRICH/ZÖLLNER, WOLFGANG: Geltendmachung von Beschlußmängeln im GmbH-Recht	525
RAISER, THOMAS: Klagebefugnisse einzelner Aufsichtsratsmitglieder	44
REHBINDER, ECKARD: Andere Organe der Unternehmensverfassung	305
REISS, WILHELM/BAUMANN, HORST: Satzungsergänzende Vereinbarungen – Nebenverträge im Gesellschaftsrecht	157
ROTH, GÜNTER H.: Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH – Besprechung der Entscheidung BGHZ 104, 44 ff	421
SCHMIDT, KARSTEN: Kommanditisteneinlage und Haftsumme des Gesellschaftserben	445
VANETTI, CARLO BRUNO: Die Diskussion über die Konzerne und ihre Regelung in Italien	396

WERNER, WINFRIED: Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern	369
WINDBICHLER, CHRISTINE: Schadensersatzansprüche des stillen Gesellschafters – Besprechung der Entscheidung BGH WM 1987, 1193 ff	434
WINKLER, KARL: Das Verhältnis zwischen Handwerksrolle und Handelsregister – Gedanken zum Beschluß des BGH vom 9. 11. 1987	107
ZÖLLNER, WOLFGANG / NOACK, ULRICH: Geltendmachung von Beschlußmängeln im GmbH-Recht	525

Sachregister

- Abschlußprüfer
 - externes Kontrollorgan 312 f
 - Pflichten bei ungedeckten Fehlbeträgen 291 ff
 - Prüfungsbericht 292 f
 - Prüfungsgegenstand 291 f
 - Testat 293 ff
- Abstimmungsleiter
 - Funktion im GmbH-Recht 528
- actio pro socio 39 ff, 56, 95, 435, 482, 488, 551
- Aktien
 - Bezugsrechtsausschluß durch Beteiligungsvertrag 172 f
 - Erwerbsvereinbarungen in Nebenverträgen 168 ff
- Aktiengesellschaft
 - Organstreit 1 ff
 - subjektive Organrechte 6 ff
 - Vertretung gegenüber Vorstandsmitgliedern 369 ff
- Aktionärsklage 3 f, 46
- Anfechtungsklage
 - Anfechtungsfrist 529 ff
 - im GmbH-Recht 525 ff
 - Verwirklichungsproblem 531 f
- Aufsichtsrat
 - Abberufung eines Vorstandsmitglieds 379
 - als Vertreter ohne Vertretungsmacht 392 f
 - Besetzungsvereinbarungen in Nebenverträgen 168 f, 187 ff
 - Informationsrechte 15, 47 f, 195 ff
 - Klage der Arbeitnehmervertreter 1 ff, 44 ff
 - Kontroll- und Geschäftsführungsaufgaben 387 ff
 - Organkompetenz 17
 - Organstreit gegen Vorstand 1 ff, 48 ff
 - Pflichten bei ungedecktem Fehlbetrag 301 f
 - Prüfungsbericht 302
 - Schadensersatzansprüche 57 f
 - Übergriffe in Zuständigkeiten des A. 60 f
 - Unterlassungsklagen des A. 47
 - Vertretung gegenüber Vorstandsmitgliedern 369 ff
 - Vertretungsbefugnisse gegenüber Dritten 383 ff
 - Vertretungszuständigkeit 385 ff
 - Vollmachtserteilung 384 ff
 - Zustimmungsvorbehalte 21
- Aufsichtsratsmitglied
 - Adam-Opel-Entscheidung 1 ff
 - Allgemeine Verhaltenskontrolle 35 ff
 - Anfechtungsbefugnis 54 f
 - Einzelklagebefugnis 44 ff, 47, 51
 - Haftung 190 ff
 - Informationsrechte 49, 195 ff
 - Interessenkonflikte 188 f
 - Interorganrechte 32
 - Intraorganrechte 32
 - Klagerecht gegen Vorstand 69 ff
 - Kompetenzschutz 33
 - Mandatsinhalt 66 f
 - Mandatsniederlegung 189 f
 - Prozeßführungsbefugnis 37 f
 - Prozeßstandschaft 39 ff
 - Sorgfaltspflicht 55 f
 - subjektive Rechte der A. 31 ff
 - Verschwiegenheitspflicht 196 ff
- Beherrschungsvertrag
 - Gervais-Entscheidung 484
 - Rechtsnatur 486 ff
- Beschlußmängel
 - aktienrechtliche Besonderheiten 533
 - Anfechtungsfrist 528 ff
 - im GmbH-Recht 525 ff
 - Klageerfordernis 532 ff
 - Maßgeblichkeit der Beschlußfeststellung 526 ff
- Bestimmtheitsgrundsatz
 - Auslegungsregel 153 f
 - im Personengesellschaftsrecht 146 ff
 - Minderheitenschutz 148 ff
 - Verzichtbarkeit des B. 153 f
- Beteiligungsvertrag 172 ff, 176
- Betriebsaufspaltung 216 ff, 244 ff

- Besitz- und Betriebsgesellschaft 219
- Rechtsprechung des BFH 517
- Bezugsrecht
 - Ausschluß durch Beteiligungsvertrag 172 f
- Bibliographie zum Gesellschaftsrecht
 - allgemeines Gesellschaftsrecht 564 ff
 - ausländisches Recht 608 ff
 - Kapitalgesellschaften 583 ff
 - Konzerne 601 ff
 - Personengesellschaften 575 ff
 - Umwandlung und Fusion 605 ff
- Bilanzrecht
 - Anhang 281 f
 - Bilanzkontinuität 277 f
 - Kapitalmarktbedeutung 280 f, 284 ff
 - Lagebericht 283 f, 290 f
 - true-and-fair-view-Gebot 282
 - ungedeckte Fehlbeträge 273 ff
- Bilanzrichtlinien-Gesetz
 - Kapitalmarktbezug 285 ff
 - ungedeckter Fehlbetrag 273 ff
- Differenzhaftung 556 f
 - Geschäftsführerhaftung 562 f
 - Verjährung 560 f
- Einlage
 - bedungene Einlage 459 ff
 - Begriffsverwendung 455 f
 - Berechnung im Erbfall 451 ff
 - geschuldete Erben-E. 457 f
 - Haftsumme 463 ff
 - negatives Kapitalkonto 467 ff
 - und Beitrag 455
- Enthftung 446
- Fehlbetrag, ungedeckter
 - Anhang 281 f
 - Anhangspublizität 288 ff
 - Bedeutung 277 ff
 - Bilanzausweis 276 f
 - Informationsfunktion 279 f
 - Lagebericht 283 f, 290 f
 - Pflichten der Abschlußprüfer 291 ff
 - Pflichten der Gesellschaftsorgane 295 ff
- Finanzierungsleasing 226 f
- Geschäftsanteil
 - Vorhand- und Vorkaufsrechte 171 f, 181 ff
- Geschäftsfortführung
 - und Erbenhaftung 448 f
- Geschäftsführer
 - Differenzhaftung 562 f
 - faktischer Allein-G. 423 f
 - faktischer Mit-G. 424 f
 - fehlerhafte Bestellung 423
 - Handelsregistereintragung 118 f
 - Haftung im Konkurs 421 ff
 - interne Pflichtenbindung 78 f
 - Kompetenzen 77 ff
 - Rechtsfolgen bei Kompetenzüberschreitung 83 ff
- Gesellschaft, stille
 - Beteiligungswert 443
 - Schutz des Gesellschaftsvermögens 435
- Gesellschafter, stiller
 - Auseinandersetzungsanspruch 441 f
 - Einflußnahme auf Geschäftsführung 441
 - Schadensersatzansprüche 434 ff
- Gesellschafterbeschlüsse
 - Beschlußfeststellung 526 ff
 - Bestandskraft und Rechtssicherheit 535 ff
 - Beststellungsbeschlüsse 538 f
 - Bestimmtheitsgrundsatz 146 ff
 - Grundlagenbeschlüsse 536 ff
 - Mehrheitserfordernisse 147
 - Rückwirkung der Aufhebung 538
 - Übertragung vinkulierter Geschäftsanteile 540
 - Unternehmensverträge 539 f
 - Wiederaufhebung 535
- Gesellschafterdarlehen, eigenkapitalersetzende
 - durch Nutzungsüberlassungen 216 ff, 244 ff
 - Entstehungsgeschichte 224
 - Finanzierungsverantwortung 228 f
 - Kredit- und Überlassungswürdigkeit 230 f
- Gesellschaftererbe
 - Haftsumme des G. 445 ff, 463 ff
 - Haftungsprivilegierung 450
- Gewerbefreiheit 113 f
- Gewinnausschüttung, verdeckte 436 f, 440
 - abgekürzte Lieferung 100 f
 - Aufzahlungsrecht 89 ff
 - durch Drittgeschäfte 98 ff, 104 f
 - durch Nutzungsüberlassungen 237
 - Gläubigerschutz 96 ff

- in der GmbH 71 ff
- Schadensersatzansprüche 95
- steuerrechtliche Behandlung 72 f, 507 ff
- wirtschaftsrechtliche Behandlung 73 f
- Zweck 93 f
- Gleichbehandlungsgrundsatz 85 ff
- GmbH
 - Beschlußmängel 525 ff
 - Finanzierungsverantwortung 228 ff
 - Gesellschaftervereinbarungen bei Holding-G. 163 ff
 - Haftung des beherrschenden Gesellschafters 427 ff
 - Haftung des faktischen Geschäftsführers 421 ff
 - Handelsregistereintragung 107 ff
 - Handwerksrolleneintragung 114 ff
 - Informationsrechte der Gesellschafter 193 ff, 550
 - Kapitalaufbringung 555
 - Kooperationsvereinbarungen 169 ff
 - Nutzungsüberlassungen 216 ff, 244 ff
 - Rechnungslegung nach dem BilRiG 285 ff
 - und stille Gesellschafter 435 ff
 - Unternehmensgegenstand 116 f
 - verdeckte Gewinnausschüttung 71 ff
 - Vor-GmbH 554 ff
- GmbH & Co. KG
 - Informationsrechte 545 ff
- Gründungstheorie 475
- Handelsregister
 - Amtslöschung 113
 - deklaratorische Eintragungen 112 f
 - Funktion 108 f, 118 f
 - Genehmigungsurkunde 114 f
 - konstitutive Eintragungen 112 f
 - Verhältnis zur Handwerksrolle 107 ff
- Handwerkskammer
 - und Registergericht 119 ff
- Handwerksrolle
 - Bedeutung der Eintragung 114 ff
 - Funktion 110 f, 118 f
 - Verhältnis zum Handelsregister 107 ff
- Hauptversammlung
 - Kompetenzbereich der H. 61 f
- Holdinggesellschaften
 - Poolung von Gesellschaftsanteilen 163 ff
 - Staatskonzerne in Italien 399
- Informationsrechte 15, 48 f
 - bei ungedecktem Fehlbetrag 296 f
 - gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern 195 ff
 - gegenüber GmbH-Gesellschaftern 193 ff
 - in der GmbH & Co. KG 545 ff
 - in der Kommanditgesellschaft 549 ff
 - kraft Nebenvertragsvereinbarung 193 ff
 - und Verschwiegenheitspflicht 196 ff
 - Urkundeneinsicht 546
- Insider-Geschäfte
 - schweizerische Strafnorm 124 ff
- Insiderhandels-Richtlinien 127, 129 f
- Insider-Recht, schweizerisches 127 ff
 - Verlauf der Gesetzgebungsarbeiten 136 ff
 - Strafrechtsnorm 138 ff
- Italien
 - Entwurf eines Unternehmensstatuts 411 ff
 - Konkursverfahren 402 ff
 - Konzerne 396 ff
 - Staatskonzerne 399 ff
- Kapitalerhaltungsgebot
 - in der GmbH 96 ff
 - Nutzungsüberlassungen als Gesellschafterdarlehen 216 ff, 244 ff
- Kapitalerhöhung
 - durch Sacheinlagen 231
 - unter Bezugsrechtsausschluß 172 f
- Kapitalgesellschaften
 - Grundsatz der Kapitalaufbringung 555
 - Haftungsfondsprinzip 428 f
 - Satzung und Nebenvereinbarungen 158 ff
- Kapitalkonto, negatives
 - des Gesellschaftererben 467 ff
- Kaufmannseigenschaft 109 f
- Kommanditist
 - bedungene Einlage 459 ff
 - geschuldete Einlage 457 f
 - Haftsumme des Gesellschaftererben 445 ff, 463 ff
 - Informationsrechte 545 ff, 549 ff
- Komplementär
 - Umwandlung in Kommanditistenstellung 447 ff
- Konkurs
 - Haftung als faktischer Geschäftsführer 421 ff
 - Konzernregelungen in Italien 402 ff
- Konsortialvertrag

- Gefahren 207
- zur Beherrschung einer GmbH 162 ff
- Konzern
- Bedeutung von Nebenverträgen 201 ff, 205 ff
- Geschäftsführungsrechte der Obergesellschaft 412 f
- grenzüberschreitende Personengesellschafts-K. 473 ff
- Haftung bei einheitlicher Leitung 403 ff, 412 f
- Haftung im GmbH-Recht 239, 430 ff
- in der Insolvenz 402 ff
- italienisches Unternehmensstatut 411 ff
- Konzernbilanz 401
- Konzernbildung 208 ff
- konzernrechtlicher Präventivschutz 210 f
- mehrfache Abhängigkeit 202 f
- Organisationsstruktur 409 ff
- Rechtslage in Italien 396 ff
- Staatskonzerne in Italien 399 ff
- und Kontrolle 407 f
- Konzernkollisionsrecht
- Gervais-Entscheidung 484 f
- Gläubigerschutz 491 f
- Günstigkeitsprinzip 481
- Heumann-Ogilvy-Entscheidung 482
- ITT-Entscheidung 479 ff
- Rechtfertigung eines K. 492 ff
- und internationales Verfahrensrecht 496 ff
- Kooperationsvereinbarungen 169 ff
- Minderheitenschutz
- durch actio pro socio 42 f
- Mitbestimmung
- Klage der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat 1 ff, 44 ff, 52 f
- Unternehmensbeauftragte 333
- Wirkungen 352 ff
- Mitgliedschaftserwerb
- Aufnahmevertrag 258
- Beitritt durch Eigengeschäft 259
- Beitritt durch Stellvertretung 259 f
- Grenzen 258
- im Vereinsrecht 255 ff
- infolge Satzungsänderung 261 ff
- kraft Korporationsakt 271 f
- rechtsgeschäftliche Grundlagen 259 f
- Muttergesellschaft
- Haftung im Konkurs 430 f
- Haftung nach italienischem Recht 403 ff, 412 f
- Konsortialvertrag zur Beherrschung einer GmbH 162 ff
- Meistbegünstigungsklauseln 198 f
- Stimmbindungsvereinbarungen 186
- Nachfolgeklausel 447
- Nebenverträge 157 ff
- Beteiligungsvertrag 172 ff, 176
- Konsortialvertrag 162 ff
- konzernrechtliche Gefahren 205 ff
- Kooperationsvereinbarungen 169 ff
- Meistbegünstigungsklauseln 198 f
- Optionsvertrag 177 f
- Pool-Vertrag 178 f
- rechtstatsächliche Untersuchungen 160 ff
- Sanierung 177
- unternehmensverfassungsrechtliche Grundwertungen 211 ff
- Veräußerung von Geschäftsanteilen 171 f
- Vorhand- und Vorkaufsrechte 181 ff
- zwecks Börseneinführung 175 f
- Nebenvertragsklauseln
- Form der Vertragsänderung 180
- Laufzeit 179 f
- Salvatorische Klauseln 180
- Schiedsklauseln 180
- Nutzungsüberlassungen
- als Gesellschafterdarlehen 216 ff, 244 ff
- als Sacheinlage 221, 246 f
- Finanzierungsleasing 226 f
- Finanzierungsverantwortung 228 ff
- Kredit- und Überlassungswürdigkeit 230 f
- Nähe zum Sachdarlehen 225, 231 ff
- Nutzungsentgelt und -wert 236 ff
- Sacheinbeziehung in Konkursmasse 233 f
- Substanzwertersatz im Konkurs 234, 245 f
- wirtschaftliche Funktion 225 f
- Offene Handelsgesellschaft
- Umwandlung in KG 445 ff
- Optionsvertrag 177 f
- Organe
- der Unternehmensverfassung 305 ff
- Eigeninteresse 7 f
- in der AG 1 ff
- O.-Rechte 15 ff
- Organwalter 26 f

- Parteifähigkeit 22 f
- Prozeßführungsbefugnis 23 ff
- Rechtsfähigkeit 13 f
- subjektive Rechte 6 ff
- Wahrnehmungszuständigkeiten 14 f
- Wahrung des Kompetenzbereichs 17 ff
- Organrechte 15 ff
 - allgemeine Verhaltenskontrolle 20 f
 - Hilfsrechte 15 ff
 - Kompetenzschutzrechte 17 ff
 - subjektive O. 10
- Organstreit, aktienrechtlicher 1 ff, 44 ff
 - allgemeine Verhaltenskontrolle 20 ff
 - einstweiliger Rechtsschutz 30 f
 - Prozeßrecht 22 ff
 - Zwangsvollstreckung 29 ff
- Personengesellschaftskonzerne
 - grenzüberschreitende P. 473 ff
 - Schutz der abhängigen Gesellschaft 479 ff
- Personenhandelsgesellschaften
 - Bestimmtheitsgrundsatz 146 ff
 - Privatvermögen der P. 518 f
- Pool-Vertrag 178 f
- Portugal
 - Konzernkollisionsrecht 491
- Recht, subjektives
 - Ausschließungsgewähr 11
 - in der AG 6 ff
 - Störungsverbot 12
 - und Kompetenznormen 18
 - von Organmitgliedern 31 ff
 - Zuweisung einer Verhaltensberechtigung 10 f
- Reflexschäden 435 ff
- Registereintragung
 - bei Gesellschaftererben 466 f
- Registergericht
 - Ablehnung der Eintragung 121 ff
 - Amtslöschung 113
 - Eintragsverfahren bei GmbH 108 ff
 - und Handwerkskammer 119 ff
- Sanierungsverfahren
 - Regelung durch Nebenvertrag 177 f
- Satzung
 - Mehrheitsklauseln 148 f
 - Mitgliedschaftsvermittlungsklauseln 255 ff
- satzungsergänzende Nebenverträge 157 ff
- Schiedsverfahren 173 f, 180
- Schweiz
 - Strafnormen gegen Insider-Geschäfte 124 ff
- Sitztheorie 475 f
- Staatskonzerne, italienische 399 ff
- Stammkapital
 - und verdeckte Gewinnausschüttung 96 ff
- Steuerrecht
 - Bilanzrecht 501 ff
 - Einzelkaufleute 521 ff
 - Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag 487
 - Kapitalgesellschaften 507 ff
 - Personengesellschaften 515 ff
 - Rechtsprechung 500 ff
 - und Nebenverträge 204 f
 - verdeckte Gewinnausschüttungen 72 f, 507 ff
- Stimmrechtsbindung 168, 173, 183 ff
 - Durchsetzung 185
 - und Veräußerungsbeschränkung 184 f
 - zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft 186
- Tochtergesellschaft
 - Beherrschung durch Konsortialvertrag 162 ff
 - Meistbegünstigungsklauseln 198 f
 - Stimmbindung der Muttergesellschaft 186
 - wechselseitige Beteiligung an T. 176 f
- Treuepflicht 86 f, 149 f, 436, 439, 552
 - ITT-Entscheidung 479 ff
 - und Verwirklichungsproblematik 531 f
- Übernahmeangebot
 - und Insider-Problematik 125
- Umwandlung
 - der Komplementär- in Kommanditbeteiligung 445 ff
 - Rechtsprechung des BFH 514 f
- Unterkapitalisierungshaftung 231
- Unterlassungsklage
 - bei Kompetenzübergreifen 60 ff
 - bei Verstoß gegen Verhaltenspflichten 57 f
 - des Aufsichtsrats gegen den Vorstand 56 ff
 - Eingriff in die Geschäftsleitung 63 f

- Unternehmensbeauftragte 311 ff
 - Anspruch auf Gehör 322 f
 - Aufgaben 315 ff, 330, 346 f, 359 f
 - Benachteiligungsverbot 334 f
 - Bestellung und Abberufung 332 ff
 - Bestellungspflicht 314 f
 - Inkompatibilitäten 329 f
 - Konflikte 348 ff
 - Kompetenzen 321 ff
 - normative Regelungen 314 ff
 - organisatorische Ausgestaltung 345 f
 - persönliche Anforderungen 327 ff
 - rechtliche Verantwortlichkeit 331 f
 - Stellung des externen U. 339 ff
 - Rechtsstatus 318 ff, 324 ff
 - Rollenprobleme 364 ff
 - Überregulierung 365 ff
 - Weisungsabhängigkeit 324 ff
 - Zukunft des U. 354 ff
- Unternehmensorganisation
 - Komplexität der U. 363 f
 - Stab-Linien-Organisation 359
 - Stellung des Unternehmensbeauftragten 359 ff
 - und Interessenpluralität 308 ff
- Unternehmensstatut, italienisches
 - Konzernregelungen 411 ff
 - Stellungnahmen 413 ff
- Unternehmensverfassung
 - andere Organe der U. 305 ff
 - Theorie der U. 337 ff
 - und Unternehmensverhaltensrecht 341 ff
- USA
 - Insider-Recht 133 ff
 - Kapitalmarkttheorie 280
 - Rechtshilfeprobleme mit der Schweiz 133 ff, 140 f
- Vereinigungsfreiheit 255 f, 269
- Vereinsorgane
 - Kompetenzschränken 263 f
- Vereinsrecht
 - Aufnahmevertrag 258, 262
 - Mitgliedschaftsvermittlungsklauseln 255 ff
 - Verbot der Pflichtenmehrung 267 f
 - Vereinsautonomie 257
- Vereinszweck
 - Änderungsvoraussetzungen 265 f
 - Grenze der Mehrheitsherrschaft 262 ff, 270
 - und Mitgliedschaftsvermittlung 266 f
- Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit 176 f
- Vorbelastungshaftung 555 f
- Vor-GmbH
 - Differenzhaftung 556 f
 - Mehrleistung in die V. 554 ff
 - Vorbelastungshaftung 555 f
- Vorstand
 - Besetzungsvereinbarungen in Nebenverträgen 192 ff
 - Gesamtvertretungsgrundsatz 386
 - Klage gegen den V. 1 ff, 47 ff, 56 ff
 - Organkompetenz des V. 17
 - Pflichten bei ungedecktem Fehlbetrag 296 ff
- Vorstandsmitglieder
 - als Vertreter eines Dritten 372 ff
 - Befangenheit 371 ff, 380
 - Geschäfte mit Familienangehörigen 374 f
 - Kreditgewährung an V. 387 ff, 394 f
 - Vertretung der AG gegenüber V. 369 ff
- Wettbewerbsverbot
 - im Konzern 482

Die verdeckte Gewinnausschüttung in der GmbH

– Ein Beitrag zu den gesellschaftsrechtlichen Sanktionen –*

VON

Privatdozent DR. JOHANNES HAGER, München/Gießen

Inhaltsübersicht

ZGR 1989, 71–106

I. Der Schutzzweck der Sanktionen der verdeckten Gewinnausschüttung	72
1. Im Steuerrecht	72
2. Im Wirtschaftsrecht	73
II. Der Schutz der Mitgesellschafter	75
1. Lösungsansätze	75
a) Umfassende Vermögensbindung	75
b) Analoge Anwendung des § 31 GmbHG	76
c) Kompetenz der Geschäftsführer	77
2. Die Rechtsfolgen der Kompetenzüberschreitung	83
a) Ausgleichsanspruch der übergangenen Mitgesellschafter?	83
b) Genehmigung durch die Gesellschafter und ihre Grenzen	84
c) Rückabwicklung nach verweigerter Genehmigung	87
d) Wahlrecht des Begünstigten	89
3. Schadensersatzansprüche	95
III. Der Schutz der Gläubiger (Die Erhaltung des Stammkapitals)	96
1. Die dogmatische Struktur des § 30 GmbHG	96
2. Keine Genehmigung durch die Gesellschafter	97
3. Das Wahlrecht des Begünstigten	97
IV. Die verdeckte Gewinnausschüttung durch Geschäfte mit Dritten	98
1. Die abgekürzte Lieferung	100
2. Der direkte Vertragsschluß mit dem Dritten	101
a) Ansprüche gegen den Dritten	101
b) Ansprüche gegen den Gesellschafter	104
V. Zusammenfassung	105

Die verdeckte Gewinnausschüttung in der GmbH zählt zu den nach wie vor nicht umfassend geklärten Problemen des Gesellschaftsrechts. Schon ein flüchtiger Blick in die einschlägigen Kommentare und Lehrbücher dokumentiert, wie kontrovers man über die große Linie ebenso streitet wie über Details. Darin spiegelt sich nicht zuletzt die Unsicherheit über den korrekten dogmatischen Ansatz wider; ihm hat demgemäß das Hauptaugenmerk zu gelten.

* Erweiterte und um Fußnoten ergänzte Fassung des Habilitationsvortrags, den der Verfasser am 18. 2. 1988 vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München gehalten hat.

I. Der Schutzzweck der Sanktionen der verdeckten Gewinnausschüttung

1. Im Steuerrecht

Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung hat sich im Steuerrecht herausgebildet. Nach einzelnen, hier nicht näher nachzuzeichnenden Schwankungen wird sie vom BFH und der h. L. definiert als die Zuwendung eines Vermögensvorteils durch eine Kapitalgesellschaft an einen Gesellschafter oder einen ihm nahestehenden Dritten außerhalb der gesetzlichen Gewinnverteilung, und zwar eines Vorteils, der bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers unter sonst gleichen Umständen einem Nichtgesellschafter nicht gewährt worden wäre¹. Paradebeispiele sind der zu billige Verkauf eines Gutes durch die Gesellschaft an ein Mitglied — etwa die Veräußerung eines Grundstücks unter dem Verkehrswert — sowie ein Geschäft zu überhöhten Preisen in umgekehrter Richtung — man denke an ein überzogenes Geschäftsführergehalt eines Gesellschafters².

Das Interesse der steuerrechtlichen Praxis und Lehre kommt nicht von ungefähr. Mit der verdeckten Gewinnausschüttung wird ein Problem beschrieben, das zuerst im Steuerrecht auftauchte³ und das um die Frage kreist, wie sich derartige verschleierte Vermögenszuwendungen einordnen lassen. Zunächst betrachtete man die verdeckte Gewinnausschüttung nicht als berücksichtigungsfähige Ausschüttung i. S. des § 19 Abs. 3 a. F. KStG. Die Gesellschaft hatte daher 51 % bzw. 49 % Körperschaftsteuer zu zahlen, anschließend wurde der Betrag dem zu versteuernden Einkommen des Gesellschafters zugerechnet⁴. Die Reform

1 So mit leicht modifizierten, der Sache nach jedoch identischen Formulierungen z. B. BFHE 141, 266, 271; 142, 276, 281; 144, 158, 161; 144, 548, 549 f; 146, 126, 128; BFH GmbH-Rdsch. 1987, 323; aus der Literatur z. B. KNOBBE-KEUK, Bilanz- und Steuerrecht, 6. Aufl., 1987, S. 505; TIPKE, Steuerrecht, 11. Aufl., 1987, S. 346 f; FELIX/STRECK, Komm. z. KStG, 2. Aufl., 1984, § 8 Rdn. 65; TILLMANN, GmbH-Handbuch, 11. Aufl., Stand Juli 1985, Rdn. III 387.2; PEZZER, Die verdeckte Gewinnausschüttung im Körperschaftsteuerrecht, 1986, S. 39 ff mit umf. Nachw., der selbst eine abweichende Definition vorschlägt, die auf die Intention des handelnden Organs abstellt; vgl. S. 66 ff, 80, 110.

2 Weitere Beispiele in Abschnitt 31 III KStR 1985; das Rückwirkungsverbot gegenüber beherrschenden Gesellschaftern spielt, da eine auf das Steuerrecht begrenzte Problematik betreffend, im Gesellschaftsrecht keine Rolle; vgl. Darstellung und Kritik bei PEZZER, aaO (Fn. 1), S. 45 ff.

3 Zur Geschichte vgl. SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, 1985, S. 487 mit Fn. 3.

4 Vgl. die Darstellung bei KNOBBE-KEUK, Bilanz- und Steuerrecht, 2. Aufl., 1979, S. 321, 360; ferner FRÖHLICH, Die verdeckte Gewinnausschüttung, 1968, S. 117 ff, der freilich die Behandlung als ausgeschütteten Gewinn empfiehlt.

von 1977, die die Doppelbelastung beseitigte, hat zwar einen grundlegenden Wandel gebracht, trotz mancher optimistischer Stimmen⁵ die Problematik aber nicht insgesamt aus der Welt schaffen können. Man mag zwar eine teleologische Reduktion des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG erwägen, wenn die verdeckte Gewinnausschüttung vor ihrer Feststellung beim Empfänger unter einer anderen Einkunftsart versteuert worden war⁶. Geblieben ist die Bedeutung für die Gewerbesteuer⁷, für die Besteuerung beschränkt Steuerpflichtiger⁸, für den Zeitpunkt der Gewinnrealisierung⁹. Nicht zuletzt gilt es, die Umgehung der Steuerpflicht zu verhindern, die dem Gesellschafter offen stünde, wenn er Einkünfte der Kapitalgesellschaft in seinen steuerfreien Bereich verlagern könnte¹⁰.

2. Im Wirtschaftsrecht

Daß die fast einhellige Ansicht im Gesellschaftsrecht die Definition der verdeckten Gewinnausschüttung teils wörtlich, jedenfalls aber sinngemäß übernommen hat¹¹, sollte nicht über die gänzlich anders geartete Schutzrichtung

5 So etwa FELIX/STRECK, aaO (Fn. 1), § 8 KStG Rdn. 55.

6 TIPKE, aaO (Fn. 1), S. 344; PEZZER, aaO (Fn. 1), S. 12 ff; a. A. LEMPENAU, BB 1977, 1209.

7 KNOBBE-KEUK, aaO (Fn. 1), S. 520 f; TIPKE, aaO (Fn. 1), S. 344; FELIX/STRECK, aaO (Fn. 1), § 8 KStG Rdn. 55; PEZZER, aaO (Fn. 1), S. 10; LEMPENAU, BB 1977, 1209.

8 KNOBBE-KEUK, aaO (Fn. 1) S. 520; TIPKE, aaO (Fn. 1), S. 344; FELIX/STRECK, aaO (Fn. 1), § 8 KStG Rdn. 61.

9 LEMPENAU, BB 1977, 1209.

10 PEZZER, aaO (Fn. 1), S. 9; DERS., aaO (Fn. 1), S. 11 weist auf die Funktion der Körperschaftsteuer als Quellensteuer hin; LEMPENAU, BB 1977, 1209.

11 BGHNJW 1987, 1194, 1195; HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1979, § 30 Rdn. 38; SCHOLZ/WESTERMANN, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1986, § 30 Rdn. 18; HUECK, in: Baumbach/Hueck, Komm. z. GmbHG, 15. Aufl., 1988, § 29 Rdn. 68; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, Komm. z. GmbHG, 12. Aufl., 1987, § 29 Rdn. 46; ROTH, Komm. z. GmbHG, 2. Aufl., 1987, § 30 Anm. 2.2.1; K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 673; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 440 f; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 487; LUTTER, FS Stiefel, 1987, S. 528 f, der danach differenziert, wie leicht ein Marktpreis zu ermitteln sei; WINTER, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 220; DERS., ZHR 148 (1984), 579; U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 280; HEFERMEHL/BUNGEROTH, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Komm. z. AktG, 1984, § 57 Rdn. 13; BARZ, Großkomm. z. AktG, 3. Aufl., 1973, § 57 Rdn. 3; LUTTER, Kölner Komm. z. AktG, § 57 Rdn. 10. Wer, wie ROWEDDER, Komm. z. GmbHG, 1985, § 29 Rdn. 61, die falsche bilanztechnische Ausweisung in den Mittelpunkt der Abgrenzung stellt, übersieht, daß die verdeckte Ausschüttung buchungsmäßig regelmäßig zunächst gar nicht aufscheint (HUECK, aaO, § 29 GmbHG Rdn. 70 a. E.). Von fehlendem Ausweis in der Bilanz ließe sich nur sprechen, wenn man die mangelnde sofortige Aktivierung der Folgeansprüche betonen wollte.

hinwegtäuschen, die sich auch im Sanktionensystem niederschlägt. Die korrekte Feststellung des Gewinns¹² dient hier nicht der Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen, sondern zum einen dem Schutz von Mitgesellschaftern vor einseitiger Begünstigung des Empfängers (dazu II.), zum anderen dem Interesse der Gläubiger an der Erhaltung des Stammkapitals (dazu III.). Komplikationen treten überdies zutage, wenn Dritte einen Sondervorteil erlangen; hier gilt es insbesondere zu klären, in welchen Fällen der Empfänger oder der Gesellschafter, auf dessen Initiative die Begünstigung beruht, zum Ausgleich verpflichtet sind (dazu IV.).

Den unterschiedlichen Schutzrichtungen — einerseits zugunsten der Mitgesellschafter, andererseits zugunsten der Gläubiger — und der dadurch bedingten Differenzierung wird zumindest dort zu wenig Aufmerksamkeit gewidmet, wo man — oft recht pauschal — die Zulässigkeit oder das Verbot der verdeckten Gewinnausschüttung propagiert¹³.

Eine solche Überlegung liegt zwar nahe: Nach §§ 57 Abs. 1, 58 Abs. 5 AktG haben Aktionäre, die auf diese Art einseitig begünstigt wurden, den erlangten Vorteil stets herauszugeben¹⁴. Doch ist, wie sich zeigen wird, für die GmbH nicht bloß eine Analogie oder der Umkehrschluß zu ziehen, sondern eine differenzierende Antwort vonnöten. Der Schutz von Mitgesellschaftern und die Interessen der Gläubiger lassen sich bei der GmbH nicht unbeschadet über einen Leisten schlagen.

12 Wenn SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 488 (wohl) meint, es gehe nicht um die Ermittlung des Gewinns, so ist ihm nicht zu folgen. Es stehen nur weitere Konsequenzen einer durch die verdeckte Ausschüttung unrichtig gewordenen Feststellung zur Debatte — dazu kann auch die Steigerung eines Verlustes gehören. Auch ZÖLLNER, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht ..., 1963, S. 316 ff sieht Unterschiede, die sich jedoch in erster Linie auf die Notwendigkeit der Kenntnis der Beteiligten beziehen.

13 Vgl. etwa ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 61 m. w. Nachw. einerseits; FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I/2, Die Juristische Person, 1983, S. 294; SCHOLZ/EMMERICH, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1986, § 29 Rdn. 116 andererseits.

14 Das ist weitgehend unstreitig; vgl. nur BGHZ 90, 381, 386; LUTTER, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 64 ff, § 62 AktG Rdn. 4; BARZ, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 11; HEFERMEHL/BUNGEROTH, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 11; HUECK, in: Baumbach/Hueck, Komm. z. AktG, 13. Aufl., 1968, § 62 Rdn. 4; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 3; FLUME, aaO (Fn. 13) S. 285; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 672 f; WIEDEMANN, aaO (Fn. 11), S. 561 f; a. A. z. T. ZÖLLNER, aaO (Fn. 12), S. 316.

II. Der Schutz der Mitgesellschafter

1. Lösungsansätze

Wie die Belange der Mitgesellschafter sichergestellt werden können, ist dem GmbHG nicht unmittelbar zu entnehmen; fast zwangsläufig wird die dogmatische Anknüpfung in der Judikatur und der Lehre recht kontrovers beurteilt.

a) Umfassende Vermögensbindung

Den weitesten Vorstoß hat *Wilhelm* unternommen, indem er die Vermögensbindung bei der GmbH wesentlich umfassender beschreiben will als die h. L. Über die Bestimmung des § 30 GmbHG hinaus könne Gesellschaftsvermögen freiwillig gebunden werden, etwa durch die Satzung oder durch einen Rücklagenbeschluß¹⁵. Eine Zahlung ohne vorangegangene Aufhebung dieser freiwilligen Bindung gehöre in das Gesellschaftsvermögen. Deshalb erfolge auch der Empfang der Zahlung durch den Gesellschafter ohne Rechtsgrund. Nur solange der Bereicherungsanspruch weder gepfändet sei noch zu einer Konkursmasse gehöre, könnten die Gesellschafter durch nachträgliche Auflösung der Rücklage der Zuwendung einen Rechtsgrund geben, allerdings nur mit Wirkung ex nunc. Auch ohne eine Einstellung in Rücklagen werde die Vermögensbindung in jedem Fall erst durch den Verteilungsbeschluß der Gesellschafter nach § 46 Nr. 1 GmbHG außer Kraft gesetzt¹⁶. *Wilhelm* zieht dabei eine weitreichende Parallele zum AktG¹⁷, wo die h. M., wie soeben erwähnt, in der Tat eine so restriktive Vermögensbindung verfehlt¹⁸.

Gegen den Entwurf *Wilhelms* einzuwenden, die verdeckte Gewinnausschüttung tangiere mitnichten stets das Stammkapital, das Nachschußkapital, die offenen Rücklagen oder den Gewinn, weil und soweit etwa nur ein für die Gesellschaft nachteiliges Entgelt vereinbart werde und somit ein Bilanzgewinn von vornherein nicht entstehen könne¹⁹, ist nicht stichhaltig: Sieht sich doch die ganz h. M. im Aktienrecht nicht gehindert, derartige Manipulationen als verdeckte Gewinnausschüttung einzuordnen²⁰. Nicht so leicht von der Hand zu weisen ist schon der Vorwurf einer in sich zirkulären Argumentation. Die These

15 WILHELM, FS Flume II, 1978, S. 370 f; ablehnend etwa SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 6; jeden Gewinnvorschuß versagt OLG Hamburg GmbH-Rdsch. 1973, 123, 124; MDR 1971, 1015.

16 WILHELM, FS Flume II, S. 373 f.

17 WILHELM, FS Flume II, S. 357 ff, 376.

18 Vgl. die Nachw. in Fn. 14.

19 So indes SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 491; ähnlich JOOST, ZHR 149 (1985), 419, 441.

20 Vgl. die Nachw. in Fn. 14; vgl. ferner unten II 1 c aa.

Wilhelms, daß die Ausschüttung die Vermögensbindung ohne die Möglichkeit einer rückwirkenden Heilung ebenso verletze wie die Verteilung der Rücklagen ohne vorangegangene Auflösung, stilisiert das gewünschte Ergebnis zum Axiom²¹ hoch. Die h. M., die eine rückwirkende Genehmigung zuläßt²², kann demgegenüber auf die regelmäßig stärker personalistisch orientierte Struktur der GmbH verweisen, durch die eine im Ergebnis weniger rigide Behandlung der verdeckten Gewinnausschüttung legitimiert wird²³. Wenn *Wilhelm* schließlich eine Rückabwicklung über Bereicherungsrecht favorisiert, so kommt er jedenfalls von seiner Prämisse aus, die in der Vermögensbindung das tragende Argument für die Rückzahlungspflicht vermutet, zu schwer deutbaren Wertungswidersprüchen mit § 31 GmbHG. Der Empfänger freiwillig gebundenen Vermögens wäre nicht durch § 31 Abs. 2 GmbHG privilegiert, er stünde somit schlechter als bei einer Auszahlung unter Verstoß gegen das Verbot des § 30 Abs. 1 GmbHG²⁴.

b) Analoge Anwendung des § 31 GmbHG

Es wirkt demgemäß auf den ersten Blick konsequent, wenn die wohl h. M. § 31 GmbHG analog heranziehen will²⁵. Bei näherem Zusehen treten indes Bedenken zutage. Schon der Anknüpfungspunkt der Analogie bleibt im dunkeln. Es ist keineswegs von vornherein ausgemacht, daß eine Lücke in der gesetzlichen Regelung vorliegt; im Gegenteil wird die spätere Analyse belegen, daß das normale Instrumentarium sich als durchaus tauglich entpuppt, das

21 FABRITIUS, ZHR 144 (1980), 628, 638.

22 HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 4; SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 6; HUECK, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 8; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 4; FLUME, aaO (Fn. 13), S. 285; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 846; WIEDEMANN, aaO (Fn. 11), S. 561; BALLERSTEDT, Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, 1949, S. 89 f; FABRITIUS, ZHR 144 (1980), 628, 638.

23 SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 6; EBENROTH, Die verdeckten Vermögenszuwendungen in transnationalen Unternehmen, 1979, S. 330; FABRITIUS, ZHR 144 (1980), 628, 639.

24 Gegen die – von der Ansicht *Wilhelms* an sich folgerichtige – (direkte) Anwendung des § 31 GmbHG sprechen dieselben Argumente, die auch die analoge Geltung als unangemessen kennzeichnen; vgl. im Text sogleich unter b.

25 SCHOLZ/EMMERICH, aaO (Fn. 13), § 29 GmbHG Rdn. 118; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 48; FLUME, aaO (Fn. 13), S. 295; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 228; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 589 f; FLECK, ZIP 1986, 270; U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 284 f; DERS., BB 1986, 204; wohl auch LUTTER, FS Stiefel, S. 529.

Problem zufriedenstellend zu lösen. Obendrein ist § 31 GmbHG auf den Gläubigerschutz zugeschnitten, nicht auf die Sicherung der übrigen Gesellschafter²⁶. Daß man diesen Unterschied nicht leichterhand beiseite schieben darf, zeigt spätestens § 31 Abs. 3 GmbHG. Es wäre nachgerade absurd, sollte der durch die verdeckte Gewinnausschüttung ohnedies bereits benachteiligte Mitgesellschafter zusätzlich für die Insolvenz des Begünstigten aufzukommen haben, obgleich die Ausfallhaftung sich hier nicht mit Belangen der Gläubiger rechtfertigen ließe. Die Norm insoweit nicht analog anzuwenden, ist sachlich zwingend. Dies deutet jedoch nicht nur auf eine notwendige Ausnahme hin, wie man gemeinhin annimmt²⁷, sondern veranschaulicht die mangelnde Konsistenz des Ansatzes im ganzen²⁸. Der Schutz der Gläubiger und die Sicherung der Mitgesellschafter laufen nicht parallel.

c) Kompetenz der Geschäftsführer

Angesichts derartiger Unstimmigkeiten nimmt es nicht wunder, daß das Schrifttum seit einiger Zeit nach anderen Erklärungsmustern sucht und die verdeckte Gewinnausschüttung, soweit sie nur das Interesse der Mitgesellschafter berührt, unter dem Aspekt der Kompetenz der Geschäftsführer für die der Gesellschaft nachteiligen Verträge betrachtet²⁹. In der Tat läßt sich auf diesem Weg eine stimmige Lösung entwickeln. Wenn sich der Vorschlag nur zögerlich durchsetzt, so mag das seinen Grund vielleicht darin finden, daß von den Anhängern dieser Lehre die dogmatische Verankerung, insbesondere das Ver-

26 HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 76; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 850.

27 FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 48; WINTER, ZHR 148 (1984), 579, 590; für eine Haftung der Mitgesellschafter indes wohl WILHELM, FS Flume II, S. 361 f.

28 Auch eine analoge Anwendung des § 31 Abs. 2 GmbHG (dafür SCHOLZ/EMMERICH, aaO [Fn. 13], § 29 GmbHG Rdn. 118; WINTER, aaO [Fn. 11], S. 233; DERS., ZHR 148 [1984], 579, 591; ablehnend FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO [Fn. 11], § 29 GmbHG Rdn. 48), erscheint problematisch.

29 SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 19; HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 75 f.; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 850; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 491 ff.; IMMENGA, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 222 f., 225 ff.; auch WILHELM, FS Flume II, S. 373; anders DERS., aaO, S. 364 f mit Fn. 107; vgl. auch die Nachw. in Fn. 30; a. A. MEYER-LANDRUT, Komm. z. GmbHG, 1987, § 29 Rdn. 17 unter fehlerhafter Berufung auf BGH NJW 1984, 1037, der indes auch die Lösung über § 31 GmbHG analog verwirft (aaO, § 29 GmbHG Rdn. 18).

hältnis von Kompetenz und Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. Kompetenz und Treuepflicht oft nur schemenhaft herausgearbeitet wird³⁰.

aa) Interne Pflichtenbindung

Ausgangspunkt der Überlegungen hat die interne Pflichtenbindung der zur Vertretung der GmbH berufenen Geschäftsführer zu sein. Die Feststellung des Gewinns wie auch die Verwendung der Ergebnisse ist unbeschadet abweichender Bestimmungen in der Satzung nach § 46 Nr. 1 GmbHG den Gesellschaftern vorbehalten³¹. Konsequenterweise ist eine offene Ausschüttung ohne entsprechenden Beschluß der Gesellschafter oder ohne Ermächtigung durch die Satzung den Geschäftsführern verwehrt. Gleiches muß gelten, wenn ein Gesellschafter außerhalb der Gewinnverteilung seinen Mitgesellschaftern gegenüber begünstigt wird — sei es, daß ihm ein zu hohes Entgelt zugestanden wird, sei es, daß die Geschäftsführer durch eine zu niedrige Gegenleistung von vornherein auf die Entstehung von Gewinn verzichten, diesen somit dem bevorzugten Gesellschafter zuteilen³². Solche Geschäfte den Geschäftsführern zu gestatten, hieße, ihnen

30 Vgl. etwa SCHOLZ/EMMERICH, aaO (Fn. 13), § 29 GmbHG Rdn. 116, der zwar von einer Überschreitung der Kompetenz spricht, dennoch die Lösung über eine analoge Anwendung des § 31 GmbHG favorisiert; ähnlich U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 284 f; DERS. BB 1986, 204 (Rückabwicklung nach § 31 Abs. 1 GmbHG analog und gleichzeitig schwebende Unwirksamkeit des Geschäfts); FLUME, aaO (Fn. 13), S. 294 einerseits (Kompetenzüberschreitung), S. 295 andererseits (Rückzahlungspflicht nach § 31 GmbHG analog); WIEDEMANN, aaO (Fn. 11), S. 443 will die Verletzung der Kompetenz nur mit den allgemeinen Organisationsregeln, etwa der Abberufung der Geschäftsführer ahnden; ebenso ROTH, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Anm. 5.6; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 222; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 582 f stellt die Kompetenzverteilung und den Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. die Treuepflicht unvermittelt nebeneinander, ohne die Verzahnung zu klären.

31 SCHOLZ/U. H. SCHNEIDER, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1986, § 37 Rdn. 6; ZÖLLNER, in: Baumbach/Hueck, Komm. z. GmbHG, 15. Aufl., 1988, § 37 Rdn. 2; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 37 GmbHG Rdn. 7; ROTH, aaO (Fn. 11), § 37 GmbHG Anm. 2.2.1; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 491. Die Norm ist gem. § 45 Abs. 2 GmbHG dispositiv (statt aller FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO [Fn. 11], § 46 GmbHG Rdn. 1). Der Fall, daß den Geschäftsführern die Verteilung zugewiesen ist, braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden. Eine Ausschüttung, die sich im Rahmen der Kompetenz hält, erfolgt dann selbstverständlich mit Rechtsgrund.

32 SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 491 f; ebenso i. E. HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 75; U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 301. Ob die Satzung die Geschäftsführer zu verdeckten Gewinnausschüttungen ermächtigen kann, ist strittig, aber zu bejahen (vgl. z. B. HUECK, aaO [Fn. 11], § 29 GmbHG Rdn. 75; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 499; BALLERSTEDT, aaO [Fn. 22], S. 176; a. A. etwa IMMENGA, aaO [Fn. 29], S. 223 f; WILHELM, FS Flume II, S. 372 Fn. 132) — schon wegen der dispositiven Natur des § 46 Nr. 1 GmbHG (vgl. soeben Fn. 31).

die Möglichkeit zu eröffnen, die gesetzliche Abgrenzung der Organzuständigkeit zu unterlaufen, was geradezu ein Musterfall der Gesetzesumgehung wäre. Der Beschluß über Vermögensverschiebungen ist Domäne der Gesellschafter³³.

bb) Wirkung gegenüber den Mitgesellschaftern

Außenstehende Dritte brauchen sich, soweit nicht die Grundsätze des Mißbrauchs der Vertretungsmacht entgegenstehen, um derartige Schranken im Innenverhältnis regelmäßig nicht zu kümmern; das stellt § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ausdrücklich klar³⁴. Die Norm dient dem Verkehrsschutz³⁵ — ein Telos, das gleichzeitig eine Restriktion legitimiert: Die Gesellschafter selbst haben die interne Einschränkung der Vertretungsmacht grundsätzlich gegen sich gelten zu lassen; diese im Recht der OHG weithin akzeptierte Maxime³⁶ läßt sich angesichts der parallelen Interessenlage auf die GmbH ohne weiteres übertragen³⁷.

Die dogmatische Struktur der Einschränkung ist noch nicht restlos geklärt. Sicherlich zu weit dürfte es führen, hierin einen Anwendungsfall des Mißbrauchs

- 33 SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 493; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 222. — Insofern ist es präziser, generell von verdeckter Vermögensverlagerung (so etwa WIEDEMANN, aaO [Fn. 11], S. 440) oder verdeckter Zuwendung (so z. B. WINTER, aaO [Fn. 11], S. 221) zu sprechen.
- 34 BGH NJW 1984, 1461, 1462; U. H. SCHNEIDER, BB 1986, 202.
- 35 Vgl. nur BGHZ 38, 26, 33; SCHOLZ/U. H. SCHNEIDER, aaO (Fn. 31), § 35 GmbHG Rdn. 23; FISCHER, Großkomm. z. HGB, 3. Aufl., 1967, § 126 Rdn. 16.
- 36 BGHZ 38, 26, 34; BGH NJW 1974, 1555; BGH WM 1979, 91, 92; BGH LM Nr. 19, 37 zu § 105 HGB; Nr. 10 zu § 119 HGB; FISCHER, aaO (Fn. 35), § 126 HGB Rdn. 16; BAUMBACH/DUDEN/HOPT, Komm. z. HGB, 27. Aufl., 1987, § 126 Rdn. 3 A; G. HUECK, Gesellschaftsrecht, 18. Aufl., 1983, § 15 II 3; A. HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., 1971, S. 298 f; WESTERMANN, Handbuch der Personengesellschaft, Bd. 1, 3. Aufl., 1980, Stand September 1986, Rdn. 201; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 492; FROTZ, Verkehrsschutz im Vertretungsrecht, 1972, S. 491 Fn. 1503; U. H. SCHNEIDER, BB 1986, 202; a. A. wohl K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 1033.
- 37 HACHENBURG/MERTENS, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1979, § 37 Rdn. 36; SCHOLZ/U. H. SCHNEIDER, aaO (Fn. 31), § 35 GmbHG Rdn. 26 f; ZÖLLNER, aaO (Fn. 31), § 37 GmbHG Rdn. 29; ROWEDDER/KOPPENSTEINER, Komm. z. GmbHG, 1985, § 37 Rdn. 51; MEYER-LANDRUT/MILLER, Komm. z. GmbHG, §§ 35—38 Rdn. 26, 28; WESTERMANN, FS Meier-Hayoz, 1982, S. 452; MERTENS, JurA 1970, 470 f; WINTER, ZHR 148 (1984), 579, 585; U. H. SCHNEIDER, BB 1986, 202; i. E. auch FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 35 GmbHG Rdn. 15; ROTH, aaO (Fn. 11), § 37 GmbHG Anm. 4.2.2; WILHELM, FS Flume II, S. 365 Fn. 107; LINDACHER, JR 1973, 377; a. A. die früher h. M.; vgl. TIEFENBACHER, BB 1962, 1260 m. w. Nachw. Anders ist es bei Rechtsgeschäften der Aktiengesellschaft mit ihren Aktionären; diese stehen der Gesellschaft regelmäßig wie beliebige Dritte gegenüber (MERTENS, JurA 1970, 471).

der Vertretungsmacht zu vermuten³⁸, namentlich wenn man auf die Evidenz für den Vertragsgegner pocht. Die Sonderstellung der Gesellschafter wäre dann nur eine scheinbare, da sich ja auch beliebige Dritte in solchen Fällen nicht auf die unbeschränkbare Vertretungsmacht der Geschäftsführer stützen können.

So konzentriert sich die Debatte zum einen auf die Frage, ob die objektive Pflichtverletzung durch die Geschäftsführer genügt³⁹ oder ob der mit ihnen kontrahierende Gesellschafter zusätzlich zumindest leicht fahrlässig den Verstoß erkennen muß⁴⁰. Das Problem könnte sich für die verdeckte Gewinnausschüttung immerhin in verschärfter Form stellen: Darf auch die Kenntnis des Gesellschaftsvertrags und der daraus resultierenden Pflichtenbindung der Geschäftsführer von jedem Gesellschafter erwartet werden, so ist das auf gesetzlich vorgesehene Beschränkungen nicht schablonenhaft zu übertragen⁴¹. Doch gibt das GmbHG selbst für die verdeckte Gewinnausschüttung den grundlegenden Fingerzeig. Den guten Glauben des Empfängers privilegiert § 32 GmbHG nur bei Mängeln des Beschlusses über die Gewinnverteilung, während eine auf anderen Ursachen fußende Rechtsgrundlosigkeit der Ausschüttung von der Norm nicht erfaßt wird⁴² und die Vorschrift folgerichtig bei Gewinnvorschüssen

38 So indes BEITZKE, JR 1963, 184; U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 284; wahlweise auch LINDACHER, JR 1973, 377; auch FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 35 GmbHG Rdn. 15 und ROTH, aaO (Fn. 11), § 37 GmbHG Anm. 4.2.2 nehmen einen Unterfall mit reduzierten Anforderungen an das Kennenmüssen des Gesellschafters an, wodurch sie sich i. E. der Mindermeinung annähern (vgl. sogleich Fn. 40).

39 FISCHER, aaO (Fn. 35), § 126 HGB Rdn. 17; BAUMBACH/DUDEN/HOPT, aaO (Fn. 36), § 126 HGB Rdn. 3 A; SCHOLZ/U. H. SCHNEIDER, aaO (Fn. 31), § 35 GmbHG Rdn. 27; DERS., BB 1986, 202 f; ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO (Fn. 37), § 37 GmbHG Rdn. 51; wohl auch HACHENBURG/MERTENS, aaO (Fn. 37), § 37 GmbHG Rdn. 36; G. HUECK, aaO (Fn. 36), § 15 II 3.

40 ZÖLLNER, aaO (Fn. 31), § 37 GmbHG Rdn. 29; ROTH, aaO (Fn. 11), § 37 GmbHG Anm. 4.2.2; A. HUECK, aaO (Fn. 36), S. 299 mit Fn. 69; WESTERMANN, aaO (Fn. 36), Rdn. 201; U. HÜBNER, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, 1977, S. 244 f; JÜNGST, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, 1981, S. 36 ff.

41 Differenzierend zwischen Beschränkungen aufgrund des Gesellschaftsvertrages und solchen, die aus der Zielsetzung oder den Interessen der Gesellschaft folgen WESTERMANN, FS Meier-Hayoz, S. 455; a. A. SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 492, der in diesem Zusammenhang die subjektive Komponente beim Gesellschafter nicht näher erörtert. Der BGH selbst ist wenig scharf: In BGHZ 38, 26, 34, BGH LM Nr. 37 zu § 105 HGB und LM Nr. 10 zu § 119 HGB behandelt er die Beschränkung der Vertretungsmacht nur, soweit vertragliche Regeln vorhanden sind, während er in NJW 1974, 1555 und WM 1979, 91, 92 auf die (wohl gesamte) innergesellschaftliche Bindung abstellt.

42 HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 10; SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 4; HUECK, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 3; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 2; ROTH, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Anm. 2.2; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 4; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 32 GmbHG Rdn. 2.

grundsätzlich außer Betracht zu bleiben hat⁴³. So wird man den Umkehrschluß zu ziehen haben, daß die Ausschüttung auch vom gutgläubigen Empfänger zurückzugewähren ist, sieht man von spezifisch bereicherungsrechtlichen Einwendungen ab. Es wäre ungereimt, den Empfänger einer verdeckten Gewinnausschüttung stärker zu schützen als denjenigen einer offenen, obgleich und soweit die Auszahlung in beiden Fällen nicht durch einen Gesellschafterbeschuß gedeckt ist⁴⁴. Konsequenterweise will die ganz h.M. § 32 GmbHG bei einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht anwenden⁴⁵ — ein Ergebnis, das nicht dadurch konterkariert werden darf, daß man eine verdeckte Gewinnausschüttung erst annimmt, wenn die Disproportionalität von Leistung und Gegenleistung dem Empfänger bekannt oder infolge von Fahrlässigkeit unbekannt war.

Zum anderen hängt das Ergebnis auch nicht davon ab, ob sich die Geschäftsführer des Verstoßes gegen ihre Pflicht bewußt sind. Ohnehin steht ihnen ein gewisser Ermessensspielraum zu⁴⁶. Problematisch sind damit im wesentlichen nur noch die Konsequenzen eines Irrtums der Geschäftsführer, sofern sie etwa annehmen, das Geschäft entspreche den Marktkonditionen. Wenn einige Autoren dem Rechnung tragen und eine verdeckte Gewinnausschüttung verneinen wollen⁴⁷, so ist ihnen gerade unter dem Aspekt der innergesellschaftlichen

43 HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 10; SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 6; HUECK, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 3; DERS., ZGR 1975, 142; ROTH, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Anm. 2.2; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 5; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 32 GmbHG Rdn. 5.

44 Der Einwand, bei der offenen Gewinnausschüttung sei sich der Begünstigte immerhin des Fehlens eines Gesellschafterbeschlusses bewußt, während das bei der verdeckten durchaus anders liegen könne, verfängt demgegenüber nicht. Ausschlaggebend bleibt das Telos des § 32 GmbHG, nur Mängel des Gewinnfeststellungs- und -verteilungsbeschlusses hintanzustellen.

45 HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 10; SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 6; HUECK, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 3; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 2; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 32 GmbHG Rdn. 5; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 32 GmbHG Rdn. 2.

46 OLG Karlsruhe WM 1984, 856, 860; HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 70; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 46; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 63; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 29 GmbHG Rdn. 16; WINTER, ZHR 148 (1984), 579, 586; differenzierend LUTTER, FS Stiefel, S. 528 f.

47 BARZ, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 3; HEFERMEHL/BUNGEROTH, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 13; FLUME, aaO (Fn. 13), S. 289 für Umsatzgeschäfte, anders S. 287 für Geschäfte, die nur zwischen Gesellschaft und Mitglied vorgenommen werden können; ZÖLLNER, aaO (Fn. 12), S. 317; WILHELM, FS Flume II, S. 379 ff.

Kompetenzverteilung zu widersprechen⁴⁸. § 179 Abs. 2 BGB belegt hinreichend deutlich, daß ein Verstoß gegen die interne Pflichtenbindung sich auch dann auf den Bestand der Vollmacht auswirkt, wenn sich der Vertreter eines Verstoßes nicht bewußt ist⁴⁹.

cc) Wertungswiderspruch zu den §§ 30 f GmbHG?

So handeln die Geschäftsführer bei der verdeckten Gewinnausschüttung — vorbehaltlich einer Ermächtigung in der Satzung⁵⁰ oder eines vorangegangenen Beschlusses — als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Die Problematik mündet damit in geläufige zivilrechtliche Institute. Soweit nicht die Gesellschafter das Vorgehen genehmigen oder nichtigkeitsvermeidende Regeln Platz greifen, ist der Vertrag auf dinglicher wie schuldrechtlicher Ebene (schwebend) unwirksam und nach Vindikations- sowie Kondiktionsrecht rückabzuwickeln, während insbesondere der Gleichheitsgrundsatz hier noch keine Rolle spielt.

Gerade diese Rechtsfolge wird indes Kritiker auf den Plan rufen. Mit Fug und Recht scheinen sie auf einen Wertungswiderspruch zu § 31 GmbHG verweisen

48 So auch die h. M.; vgl. etwa BGH NJW 1987, 1194, 1195; implizit auch BGHZ 60, 324, 327; 69, 274, 279; BGH LM Nr. 1, 3 zu § 30 GmbHG, da er nur auf die objektive Gleichwertigkeit der Gegenleistung abstellt (alle Urteile betreffen einen Verstoß gegen § 30 GmbHG); ferner SCHOLZ/EMMERICH, aaO (Fn. 13), § 29 GmbHG Rdn. 113; HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 70; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 46; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 29 GmbHG Rdn. 16; ROTH, aaO (Fn. 11) § 30 GmbHG Anm. 2.2.1; LUTTER, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 27; FLUME, aaO (Fn. 13), S. 296; wohl auch LUTTER, FS Stiefel, S. 529 f mit dem Argument der Gesetzesumgehung, die keine subjektiven Momente voraussetze; Lutter will jedoch dem unverschuldeten Irrtum Rechnung tragen; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 224 f; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 585 f; differenzierend zwischen AG und GmbH WIEDEMANN, aaO (Fn. 11), S. 442; ebenso für die steuerrechtliche Praxis KNOBBE-KEUK, aaO (Fn. 1), S. 459 f m. w. Nachw. — Die meisten Autoren unterscheiden dabei nicht zwischen dem Schutz der Mitgesellschafter und demjenigen der Gläubiger.

49 Die Frage, ob das Fehlen der Vollmacht für den Vertreter außerhalb jeder Kenntnis- und Beurteilungsmöglichkeit lag (dazu etwa PRÖLSS, JuS 1986, 170 m. w. Nachw.), spielt eine Rolle nur für seine Haftung, vermag jedoch die Vertretungsmacht nicht zu begründen, bzw. den Verstoß gegen die interne Pflichtenbindung nicht zu beseitigen. Ausnahmsweise mag trotz einer Überschreitung im Innenverhältnis die Vollmacht nicht tangiert werden, so z. B. wenn ein Vertreter des Käufers leicht fahrlässig einen Fehler der Kaufsache übersieht. Das hat seinen Grund im Schutz des Verkehrs; der Gesellschafter kann sich auch bei Drittgeschäften mit seiner Gesellschaft auf ihn jedoch nicht stützen (ähnlich SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 497 f).

50 Vgl. Fn. 32.

zu können⁵¹, sind doch dessen Rechtsfolgen, insbesondere wegen der Privilegierung gutgläubiger Empfänger gem. § 31 Abs. 2 und 5 GmbHG, im Verhältnis zu den §§ 812 ff, 985 ff BGB auf den ersten Blick weniger streng. Die Diskrepanz ist indessen nur vordergründig. Denn der Vergleich mit den §§ 30 f GmbHG stößt ohnehin sehr schnell an seine Grenzen. Dabei mag in diesem Zusammenhang noch dahinstehen, ob § 30 GmbHG auf eine Kompetenzüberschreitung reagiert⁵². Entscheidend ist nämlich die unterschiedliche Schutzrichtung, die im Fall des § 30 GmbHG auf die Belange der Gläubiger, hier aber auf die Sicherung der Mitgesellschafter abzielt. Das wird spätestens dann deutlich, wenn die Geschäftsführer nicht einen wegen seiner Gegenleistung nachteiligen Vertrag schließen, sondern in anderer Form ihre Befugnis überschreiten, etwa indem sie ein für das Unternehmen der Gesellschaft unentbehrliches Gut veräußern. Das Recht, in solchen Fällen den Vertragsgegenstand wegen der Nichtigkeit der Geschäfte zurückzufordern, kann nicht unter Hinweis auf die Kapitalerhaltungsregeln mit ihren für den Schuldner partiell mildernden Haftungsfolgen bestritten werden⁵³. Dann gibt es indes keinen Grund, Kompetenzverstöße, die auf einem Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung fußen, abweichend zu behandeln.

2. Die Rechtsfolgen der Kompetenzüberschreitung

Das Konzept der beschränkten Vertretungsmacht der Geschäftsführer bewährt sich nicht nur bei den Tatbestandsvoraussetzungen; auch die Rechtsfolgen passen in bereits bekannte Kategorien.

a) Ausgleichsanspruch der übergangenen Mitgesellschafter?

Der BGH hat in zwei früheren Entscheidungen freilich noch den übergangenen Mitgesellschaftern einen Ausgleichsanspruch gegen die Gesellschaft zugebilligt, der sie mit dem Begünstigten gleichziehen lasse, wenn kein anderer Lösungsweg gangbar erscheine, etwa weil es unzumutbar oder gar aus Rechts-

51 Z. B. WINTER, aaO (Fn. 11), S. 228 ff; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 588 f.

52 Vgl. unten III 1.

53 Vgl. etwa das Beispiel bei WIEDEMANN, aaO (Fn. 11), S. 438: Auch ein inhaltlich korrekt ausgestalteter Lizenzvertrag kann einen Sondervorteil bieten. — Das ist kein Widerspruch zu der Ablehnung der Meinung *Wilhelms* (dazu oben II 1 a). Denn dort war gerügt worden, daß die Einordnung als ungerechtfertigte Bereicherung mit der Prämisse, die Vermögensbindung erstreckte sich über das Stammkapital hinaus, unvereinbar ist.

gründen ausgeschlossen sei, den Vorteil zurückzufordern⁵⁴. Das ist zu pauschal. Kein sachgerechtes Ergebnis verspricht der Vorschlag schon für den Fall, daß die nunmehr notwendigen Ausgleichszahlungen mit § 30 GmbHG kollidieren. Evident ist ferner ein Wertungswiderspruch zu § 46 Nr. 1 GmbHG, der die Verwendung des Ergebnisses den Gesellschaftern vorbehält. Die Norm ließe sich durch eine verdeckte Gewinnausschüttung und die daran anschließende Ausgleichsforderung der Mitgesellschafter weitgehend aushöhlen⁵⁵. Die Bedenken verstärken sich angesichts der Rechtsfolgen des Handelns ohne Vertretungsmacht. Es ist nicht die Funktion einer Klage auf Auszahlung an die übrigen Gesellschafter, die GmbH an den ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrag zu binden⁵⁶.

b) Genehmigung durch die Gesellschafter und ihre Grenzen

Das der verdeckten Gewinnausschüttung zugrunde liegende Geschäft ist vielmehr zunächst schwebend unwirksam. Die Gesellschafter können es jedoch genehmigen; der Beschluß selbst muß natürlich wirksam sein. Es ist dies der Punkt, an dem der Gleichbehandlungsgrundsatz und der Treuegedanke ihre Wirksamkeit entfalten⁵⁷. Rechtswidrig übergangene Gesellschafter brauchen sich mit der Entscheidung nicht tatenlos abzufinden.

54 BGH WM 1960, 1007, 1009; 1973, 931, 933 f; ebenso OLG Karlsruhe WM 1984, 656, 661; HACHENBURG/SCHILLING, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1979, § 14 Rdn. 20; HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 97; SCHOLZ/WINTER, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1986, § 14 Rdn. 48; SCHOLZ/EMMERICH, aaO (Fn. 13), § 29 GmbHG Rdn. 118; HUECK, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Rdn. 39, § 29 GmbHG Rdn. 78; DERS., aaO (Fn. 36), § 36 II 2 a; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 14 GmbHG Rdn. 14; ROTH, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Anm. 5.5.2; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 64; BALLERSTEDT, aaO (Fn. 22), S. 175; KUHN, WM 1972, 1146 f; LUTTER, ZGR 1978, 368; DÖLLERER, BB 1979, 61; a. A. KONOW, GmbH-Rdsch. 1973, 123; für den Regelfall auch FLUME, aaO (Fn. 13), S. 299; ULMER, Münchener Komm. z. BGB, 2. Aufl., 1986, § 705 Rdn. 207; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 236 ff; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 598 ff; nicht eindeutig SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 494.

55 KONOW, GmbH-Rdsch. 1973, 123; einen Ausgleichsanspruch will ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO (Fn. 37) § 47 GmbHG Rdn. 102 nur bejahen, wenn die Ungleichbehandlung nicht auf einem Gesellschafterbeschluß beruht.

56 Allenfalls kommt eine Klage auf eine Zustimmung zu einer — alle Gesellschafter gleichermaßen begünstigenden — Ausschüttung in Betracht; vgl. dazu sogleich unter II 2 b aa.

57 SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 499.

aa) Gleichbehandlung

Das Gleichbehandlungsgebot in seinen dogmatischen Details auszumessen, seine Rechtsgrundlagen zu diskutieren⁵⁸, ist hier nicht möglich, aber auch nicht zweckdienlich: Besteht doch Einvernehmen darüber, daß die Gesellschafter der GmbH am Gewinn nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile partizipieren, soweit nicht die Satzung Ausnahmen vorsieht oder aber die Beteiligten zustimmen⁵⁹ – ein Grundsatz, den § 29 Abs. 3 GmbHG ausdrücklich wiederholt. Damit sind der Entscheidungsmacht der Gesellschaftermehrheit Grenzen gezogen⁶⁰, natürlich auch bei der nachträglichen Genehmigung einer verdeckten Gewinnausschüttung⁶¹, die sich ansonsten als bequeme Umgehungsmöglichkeit entpuppen würde.

Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz führt als Sanktion allerdings nicht unmittelbar zur Nichtigkeit des Beschlusses, sondern macht ihn nur

58 Eine Übersicht bietet etwa K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 347; WIEDEMANN, aaO (Fn. 11), S. 429; M. WOLF, FS Raiser, 1974, S. 600 f; ausführlich G. HUECK, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 83 ff zu den Rechtsgrundlagen, S. 173 ff zu den Regeln der Gleichbehandlung.

59 SCHOLZ/EMMERICH, aaO (Fn. 13), § 29 GmbHG Rdn. 86 ff; HUECK, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Rdn. 37 i. V. m. Rdn. 38, § 29 GmbHG Rdn. 51 f; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 14 GmbHG Rdn. 14, § 29 GmbHG Rdn. 32; ROTH, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Anm. 5.1; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 43; MEYER-LANDRUT, § 29 GmbHG Rdn. 12; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 499; allgemein auch G. HUECK, aaO (Fn. 58), S. 307 i. V. m. S. 317. Wenn SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 499 eine Ausnahme auch dann konzedieren will, wenn ein sachlicher Grund für die Differenzierung vorliege, so übersieht er, daß es ohne Verankerung in der Satzung einen solchen sachlichen Grund wohl nicht geben dürfte (vgl. etwa ZÖLLNER, aaO [Fn. 31], Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 48).

60 SCHOLZ/EMMERICH, aaO (Fn. 13), § 29 GmbHG Rdn. 96, 192; i. E. auch BGHZ 20, 363, 369; BGH NJW 1985, 974. Dasselbe gilt für eine Satzungsänderung; hierbei ist die Zustimmung aller gegenüber der bisher geltenden Regelung zurückgesetzten Gesellschafter erforderlich (vgl. HUECK, aaO [Fn. 11], § 29 GmbHG Rdn. 53 m. w. Nachw.; a. A. wohl HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO [Fn. 11], § 29 GmbHG Rdn. 48).

61 BGH WM 1972, 931, 932; HUECK, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Rdn. 38; ZÖLLNER, aaO (Fn. 31), Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 48; ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO (Fn. 37), § 47 GmbHG Rdn. 102.

anfechtbar⁶². In Analogie zu § 241 Nr. 5 AktG wird der Beschluß erst mit dem rechtskräftigen Urteil nichtig⁶³. Lassen die Anfechtungsberechtigten die Möglichkeit ungenutzt verstreichen, so können sie auch die Ausschüttung selbst nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg angreifen⁶⁴.

Lediglich in atypisch gelagerten Fällen mag der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur die Möglichkeit der Anfechtung eröffnen, sondern auch einen Anspruch auf einen Ausschüttungsbeschluß begründen, der die Benachteiligung der bislang übergangenen Mitglieder kompensiert⁶⁵. § 46 Nr. 1 GmbHG steht einem solchen Procedere naturgemäß nicht entgegen⁶⁶; freilich darf § 30 Abs. 1 GmbHG nicht verletzt werden⁶⁷.

bb) Treuepflicht

Im wesentlichen identische Ergebnisse folgen aus der Verletzung der Treuepflicht⁶⁸. Das legt schon die Definition nahe, die die Verfolgung von Sonderinteressen, also eigener bzw. gesellschaftsfremder Belange, als unzulässig aus-

62 RGZ 118, 67, 72; HACHENBURG/SCHILLING, aaO (Fn. 54), § 14 GmbHG Rdn. 21; HACHENBURG/SCHILLING/ZUTT, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1979, Anhang nach § 47 Rdn. 90; SCHOLZ/K. SCHMIDT, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1988, § 45 Rdn. 105 f; ZÖLLNER, aaO (Fn. 31), Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 48; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 14 GmbHG Rdn. 14, Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 40; ROTH, aaO (Fn. 11), § 47 GmbHG Anm. 6.4.1; ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO (Fn. 37), § 47 GmbHG Rdn. 102; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 29 GmbHG Rdn. 18, § 47 GmbHG Rdn. 80; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 349; G. HUECK, aaO (Fn. 58), S. 312 ff i. V. m. S. 317; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 500; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 234; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 592; U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 283; anders i. E. jedoch BGH WM 1972, 931, 933.

63 Vgl. statt aller HACHENBURG/SCHILLING/ZUTT, aaO (Fn. 62), Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 177; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 500.

64 MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 29 GmbHG Rdn. 18; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 501; U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 284.

65 So, jedoch ohne die hier vertretene dogmatische Einordnung, etwa WINTER, aaO (Fn. 11), S. 238 f; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 600; ferner, unter Berufung auf BGH WM 1972, 931, 933, ULMER, aaO (Fn. 54), § 705 BGB Rdn. 207.

66 Prozessual sind dabei Anfechtungsklage, derer es entgegen BGH WM 1972, 931, 933 bedarf (so wohl BGHZ 88, 320, 328; 97, 28, 30, der freilich nur den Aspekt betont, eine Klage sei möglich), und Feststellungsklage zu verbinden; vgl. etwa HACHENBURG/SCHILLING/ZUTT, aaO (Fn. 62), Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 152 ff m. w. Nachw.; ZÖLLNER, aaO (Fn. 31), Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 92. Dabei ist freilich notwendig, die Gesellschafter zumindest zu informieren (BGHZ 97, 28, 31 f); nunmehr im Gegensatz zur 6. Aufl. (§ 47 GmbHG Rdn. 29) auch SCHOLZ/K. SCHMIDT, aaO (Fn. 62), § 47 GmbHG Rdn. 32.

67 Vgl. statt aller BGH WM 1972, 931, 934 m. w. Nachw.

68 HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 74; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 499.

weist⁶⁹ und die sich in diesem Punkt mit der Konkretisierung des Gleichbehandlungsgrundsatzes berührt. Eine exakte Abgrenzung erübrigt sich, da auch die Rechtsfolgen fast durchweg übereinstimmen⁷⁰: Beschlüsse, die die Treuepflicht mißachten, sind anfechtbar⁷¹ und können nach ihrer Aufhebung die Ausschüttung nicht mehr stützen⁷².

c) Rückabwicklung nach verweigerter Genehmigung

Verweigern die Gesellschafter die Genehmigung des vollmachtlosen Handelns oder wird der Zustimmungsbeschluß aufgehoben, so sind die von den Geschäftsführern abgeschlossenen Verträge vorbehaltlich der Regeln über eine geltungserhaltende Anpassung der Gegenleistung endgültig unwirksam. Betroffen davon ist nicht nur der schuldrechtliche, sondern entgegen einigen kritischen Stellungnahmen im Schrifttum, die darin eine Gefährdung der Rechtssicherheit und eine Überdehnung des sozialrechtlichen Bereichs sehen⁷³, auch das dingliche Geschäft⁷⁴. Die Rechtssicherheit wird nicht mehr tangiert als bei jedem Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht. Zudem strahlt die Beschränkung der Vertretungsmacht von der obligatorischen auf die dingliche Ebene aus: Nur

69 BGHZ 76, 352, 357; HACHENBURG/SCHILLING/ZUTT, aaO (Fn. 62), Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 90; HUECK, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Rdn. 27, § 29 GmbHG Rdn. 74; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 14 GmbHG Rdn. 11; ROTH, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Anm. 5.3.1 c; ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO (Fn. 37), § 47 GmbHG Rdn. 104; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 29 GmbHG Rdn. 17; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 105; umgekehrt formuliert in BHG NJW 1985, 974: Die Mehrheit darf nicht einen Gesellschafter zu seinem Nachteil ungleich behandeln und ihm erhöhte Pflichten auferlegen.

70 ULMER, aaO (Fn. 54), § 705 BGB Rdn. 199.

71 BGHZ 76, 352, 357; 80, 69, 71; 88, 320, 328 f; HACHENBURG/SCHILLING/ZUTT, aaO (Fn. 62), Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 90; SCHOLZ/K. SCHMIDT, aaO (Fn. 62), § 45 GmbHG Rdn. 107; HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 74; ZÖLLNER, aaO (Fn. 31), Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 50; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 14 GmbHG Rdn. 13, Anhang nach § 47 GmbHG Rdn. 41; ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO (Fn. 37), § 47 GmbHG Rdn. 103; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 47 GmbHG Rdn. 80; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 295 f. Die Meinung von ZÖLLNER, aaO (Fn. 12), S. 366 ff, die Einzelstimme sei nichtig, kommt dann nicht zum Tragen, wenn der Beschluß förmlich festgestellt ist (vgl. S. 371). Da *Zöllner* der Verkündigung konstitutive und fixierende Wirkung beimißt (S. 394 f, 398 ff), ergibt sich i. E. kein Unterschied.

72 Weiter geht die Treuepflicht etwa für den Fall, daß die Gesellschafter in ihrer Mehrheit der Veräußerung eines Gegenstandes zustimmen, der für das Unternehmen unverzichtbar ist. Soweit die Gegenleistung marktüblich ist, wird der Gleichbehandlungsgrundsatz damit nicht tangiert.

73 HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 76; IMMENGA, aaO (Fn. 29), S. 226 f.

74 SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 493.

wenn das Limit für den schuldrechtlichen Vertrag beachtet ist, deckt die Vertretungsmacht auch die Übereignung⁷⁵.

Damit sind auch die Anspruchsgegner festgelegt. Allein an die Gesellschaft selbst kann die Ausschüttung erstattet werden⁷⁶. Bleiben die Geschäftsführer untätig, kann ein Gesellschafter, vor allem der Benachteiligte, im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft klagen⁷⁷.

Das Unbehagen an der bereicherungsrechtlichen Lösung, selten explizit formuliert⁷⁸, meist nur unterschwellig zu erahnen, dürfte aus der vermeintlichen Schwäche der §§ 814, 817 Satz 2, 818 Abs. 3 BGB resultieren, die den Anspruch auszuschließen, zumindest aber zu gefährden scheinen. Dabei wird indes die Durchschlagskraft des Kondiktionsrechts unterschätzt. Zwar kommt es für § 814 BGB auf die Kenntnis des Vertreters an, der geleistet hat⁷⁹. Das kann aber für den *falsus procurator* schon deswegen nicht gelten, weil sein Wissen dem angeblich Vertretenen nicht nach § 166 Abs. 1 BGB angelastet werden kann. Damit entfällt das tragende Zurechnungsmerkmal für § 814 BGB⁸⁰. Wollte man demgegenüber § 814 BGB heranziehen, so hätte es der Vertreter ohne Vertre-

75 Daß das dingliche Geschäft nur dann von der Vollmacht gedeckt ist, wenn der für den schuldrechtlichen Vertrag gesetzte Rahmen eingehalten wird, wird regelmäßig nicht näher problematisiert. Doch folgt es wie für das schuldrechtliche Geschäft aus einer restriktiven Auslegung des § 37 Abs. 2 GmbHG.

76 Das ist bei (auf Verletzung der Treuepflicht gestützten) Ansprüchen auf Schadensersatz strittig; die h. M. sieht nur die Gesellschaft als aktivlegitimiert; vgl. etwa BGHZ 65, 15, 21; BGH NJW 1987, 1077, 1079; HUECK, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Rdn. 31, § 29 GmbHG Rdn. 74; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 48; ROTH, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Anm. 5.6; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 29 GmbHG Rdn. 18; WINTER, ZHR 148 (1984), 579, 592 ff, 597; anders i. E. OLG Karlsruhe WM 1984, 656, 660.

77 Das wird zwar regelmäßig nur bei Schadensersatzansprüchen diskutiert (vgl. etwa K. SCHMIDT, aaO [Fn. 11], S. 478 m. w. Nachw.), muß aber bei Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung entsprechend gelten. Wenn BGHZ 65, 15, 21 sein Urteil nicht mit einer *actio pro socio* begründet (vgl. den Hinweis von K. SCHMIDT, aaO [Fn. 11], S. 478 f), so mag das für Schadensersatzansprüche angehen; spätestens bei rein bereicherungsrechtlicher Abwicklung läßt sich auf die *actio pro socio* nicht mehr verzichten.

78 Vgl. aber IMMENGA, aaO (Fn. 29), S. 227 f; WILHELM, FS Flume II, S. 372 f; ferner BGH WM 1957, 61 und CANARIS, FS Fischer, 1979, S. 37 für eine Parallelproblematik im Aktienrecht.

79 RGZ 108, 329, 335; BGH WM 1962, 346, 347; WM 1984, 87, 88; ERMAN/WESTERMANN, Komm. z. BGB, 7. Aufl., 1981, § 814 Rdn. 8; LIEB, Münchener Komm. z. BGB, 2. Aufl., 1986, § 814 Rdn. 11; SOERGEL/MÜHL, Komm. z. BGB, 11. Aufl., 1978 ff, § 814 Rdn. 11; STAUDINGER/LORENZ, Komm. z. BGB, 12. Aufl., 1978 ff, § 814 Rdn. 4; REUTER/MARTINEK, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 185.

80 Deutlich etwa RGZ 108, 329, 335; ERMAN/WESTERMANN, aaO (Fn. 79), § 814 BGB Rdn. 8; LIEB, aaO (Fn. 79), § 814 BGB Rdn. 11; STAUDINGER/LORENZ, aaO (Fn. 79), § 814 BGB Rdn. 4; REUTER/MARTINEK, aaO (Fn. 79), S. 185; BGH WM 1964, 87, 88, der ohne Erörterung des Problems anders entscheidet, ist daher abzulehnen.

tungsmacht, wenn er nur bösgläubig ist, in der Hand, den vorgeschobenen Geschäftsherrn zu binden⁸¹.

Nicht anders kann bei § 817 Satz 2 BGB entschieden werden. Die mit § 818 Abs. 3 BGB verwobenen Probleme lassen sich schließlich durch eine sachgerechte Interpretation der Norm lösen. Nicht länger sollte man allerdings den Abschied von der mit dem Terminus der Saldotheorie verbundenen Auslegung der Vorschrift hinauszögern und statt dessen dem Gedanken der Risikübernahme Platz machen. Er schneidet dem Gesellschafter den Einwand der Entreichung weitgehend ab. Intensiver ist der Empfänger lediglich geschützt, soweit ihm der Gegenstand unentgeltlich zugewendet wurde. Dann ist er zur Herausgabe nicht verpflichtet, falls er gutgläubig war und die Sache später durch Zufall unterging⁸².

d) Wahlrecht des Begünstigten

Die h. M. räumt dem begünstigten Gesellschafter das Recht ein, den Rückgewähranspruch — einerlei, auf welche Grundlage er sich stützen mag — durch Aufzahlung desjenigen Betrages abzuwenden, der die verdeckte Gewinnausschüttung ausmacht⁸³. So sehr das Ergebnis in vielen, wenngleich auch nicht allen Fällen zutrifft, so wenig ist bislang eine zufriedenstellende Begründung geglückt.

81 Dieses Resultat darf nicht unterlaufen werden, indem man das Wissen des Geschäftsführers über § 31 BGB der Gesellschaft zurechnet. Ansonsten vereitelt man den Zweck des Vertretungsrechts, obgleich der Verkehr insoweit keinen Vertrauensschutz genießt (BGH NJW 1980, 115, 116). Trotz wirksamer Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers würde der (kondiktionsrechtliche) Rückgewähranspruch der GmbH praktisch stets an § 814 BGB scheitern, was insbesondere dann sich auswirken würde, wenn keine Vindikationsansprüche gegeben wären. So hätte es der Vertreter im Ergebnis in der Hand, Rechtsfolgen herbeizuführen, deren rechtsgeschäftliche Begründung ihm gerade versagt ist, und so die Vertretungsbeschränkung zu überspielen; das stünde mit dem Zweck derartiger Limitierungen in krassem Widerspruch (vgl. CANARIS, JuS 1980, 335 für eine ähnliche Problemstellung im Rahmen des § 819 BGB).

82 Die Probleme im Detail zu erörtern, würde den Rahmen sprengen; vgl. etwa LIEB, aaO (Fn. 79), § 818 BGB Rdn. 94 ff, 97 mit umfangreicher Darstellung.

83 SCHOLZ/EMMERICH, aaO (Fn. 13), § 29 GmbHG Rdn. 118; SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 19; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 47; FLUME, aaO (Fn. 13), S. 291; BALLERSTEDT, aaO (Fn. 22), S. 115 f, 135; unter dem Aspekt des § 30 GmbHG auch HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 37; ebenso für die AG K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 673 ff; a. A. HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 72, 76, 78; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 494.

aa) *Kombination zweier Verträge?*

Den ausführlichsten Versuch hat *Ballerstedt* unternommen. Er zerlegt das Geschäft in zwei Verträge. Zunächst werde ein Vertrag zu marktüblichen Konditionen geschlossen; ihn überlagere jedoch ein Geschäft, das im Gesellschaftsverhältnis wurzle und das eine Zuwendung von Gesellschaftsvermögen an den Gesellschafter beinhalte⁸⁴. Die Nichtigkeit dieser Abrede strahle nicht notwendig auf die gesamte Vereinbarung aus. Überall dort, wo der die verdeckte Ausschüttung enthaltende Vertrag nicht eigens oder nicht vorwiegend zum Zweck der Ausschüttung geschlossen sei, führe vielmehr die Regel des § 139 BGB dazu, daß der schuldrechtliche Bestandteil unabhängig vom Schicksal des gesellschaftsrechtlichen Elements bestehen bleibe⁸⁵.

Das wirkt zum einen in hohem Maße gekünstelt, verkennt zum anderen den Anwendungsbereich des § 139 BGB. Immerhin mutet die Lösung *Ballerstedts* dem Gesellschafter in vielen Fällen zu, einen höheren Preis als den vereinbarten zu entrichten bzw. sich mit einer reduzierten Gegenleistung zufriedenzugeben. Eine derartige Vertragsmodifikation ist zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, bedarf jedoch, da ein entsprechender hypothetischer Wille oft rein fiktiv wäre, einer Rechtfertigung — bei der Vereinbarung einer überhöhten Miete etwa durch das Schutzbedürfnis des Mieters an der Aufrechterhaltung des Vertrages als solchem⁸⁶. Davon kann im Rahmen einer verdeckten Gewinnausschüttung

84 BALLERSTEDT, aaO (Fn. 22), S. 115 f.

85 BALLERSTEDT, aaO (Fn. 22), S. 135; zustimmend IMMENGA, aaO (Fn. 29), S. 220. Die von *Ballerstedt* nur für den Verstoß gegen die Kapitalbindung bei der AG entfalteten Vorschläge müßten auch für die hier abgehandelte Problematik gelten. Ähnlich wie BALLERSTEDT/WÜRDINGER, Aktienrecht, 4. Aufl., 1981, § 9 II 1, demzufolge sich aus § 139 BGB ergeben könne, daß nicht das Umsatzgeschäft im ganzen nichtig sei, sondern daß aus § 62 AktG die Verpflichtung zur Teilrückzahlung bzw. Zahlung jenes Betrages folge, der als Substanzrückzahlung zu betrachten sei. Nach GODIN/WILHELM, Komm. z. AktG, 4. Aufl., 1971, § 57 Rdn. 7 ist § 62 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 57 die absolute Verpflichtung zur Teilrückzahlung bzw. Zuzahlung zu entnehmen, da mit dem Aktionär als solchem nicht das Umsatzgeschäft geschlossen, sondern die Vereinbarung eines Vorteils in Gestalt eines zu hohen oder zu niedrigen Preises getroffen sei; SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 19 spricht von einer Nachzahlungspflicht im Zuge teilweiser Vernichtung des Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB; ablehnend GESSLER, FS Fischer, 1979, S. 139 ff mit freilich allzu pauschaler Argumentation; vgl. dazu die im Text folgende Differenzierung; ablehnend auch WILHELM, FS Flume II, S. 384; vgl. dazu unter II 2 d bb; ferner LUTTER, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 66 m. w. Nachw. (jedoch Beachtung des § 139 BGB, wenn der Inhalt des Rechtsgeschäfts über die verbotene Einlagenrückgewähr hinausgeht, aaO Rdn. 68); BARZ, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 15; Joost, ZHR 149 (1985), 419, 437 Fn. 68.

86 BGHZ 89, 316, 319 f mit umfangreichem Nachw.; zur Rolle des Schutzcharakters der Norm bei gesetzeskonformer Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäfts vgl. J. HAGER, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 171 ff; DAMM, Alternativkomm. z. BGB, 1987, § 138 Rdn. 96 ff.

keine Rede sein: Den Interessen der Gesellschaft und ihrer Mitglieder ist durch eine Rückabwicklung Genüge getan.

bb) Teilnichtigkeit?

Diese Zusammenhänge kommen auch bei *Wilhelm* zu kurz, wenn er leichterhand die Rechtsprechung zu den Preisstoppnormen übertragen und – in dieser Hinsicht noch weiter ausgreifend als *Ballerstedt* – den Gesellschafter von vornherein ohne das Korrektiv des hypothetischen Willens der Beteiligten zur Kompensation des Vorteils verpflichten will⁸⁷. Mag eine schematische Aufrechterhaltung des Geschäfts mit dem gesetzlich zulässigen Entgelt bei Verstößen gegen Höchstpreisvorschriften des Interesses der Käufer wegen ihren guten Sinn haben, so ist dies bei der verdeckten Gewinnausschüttung weder durch die Belange der Gesellschaft noch durch diejenigen des Mitglieds gerechtfertigt. Bei insgesamt unentgeltlichen Zuwendungen hält *Wilhelm* überdies den eigenen Ansatz nicht durch. Aus dem Kapitalauszahlungsverbot, das nach *Wilhelm* ja nicht nur das Stammkapital bindet⁸⁸, resultiere eine Befugnis anfechtungsrechtlicher Art mit der Konsequenz der schuldrechtlichen Rückabwicklungspflicht⁸⁹. Auch das ist alles andere als stichhaltig. Die Grenzlinie zur Aufzahlungspflicht oder wenigstens -möglichkeit bleibt diffus. Aus dem behaupteten Anfechtungsrecht folgt jedenfalls keine Abwendungsbefugnis des Gesellschafters. Für die Gesellschaft, mittelbar auch für die Gläubiger, ist es nicht vonnöten, da der Bereicherungsanspruch unabhängig von einer solchen Gestaltungserklärung entsteht.

cc) Teleologische Reduktion der §§ 177 ff BGB

Gleichwohl gibt es keinen Anlaß, vor den Schwierigkeiten zu kapitulieren und dem Gesellschafter die Möglichkeit zu nehmen, durch die Aufzahlung die

87 WILHELM, FS Flume II, S. 387 f; ähnlich i. E. JOOST, ZHR 148 (1984), 27, 54: allein eine Zuzahlung sei sinnvoll. Das partiell mit der von *Ballerstedt* verfochtenen Lösung übereinstimmende Ergebnis wirkt um so erstaunlicher, als *Wilhelm Ballerstedt* kurz vorher attackiert (S. 384). Die formale Verschiebung des dogmatischen Ansatzes (§ 134 Hs. 2 BGB statt § 139 BGB) kann darüber nicht hinwegtäuschen. — FLUME, aaO (Fn. 13), S. 291, postuliert eine Art schwebende Unwirksamkeit. Mit Erfüllung seitens der Gesellschaft entstehe für diese qua Erstattung (§ 31 GmbHG) des Differenzbetrages der Anspruch auf den vollen Gegenwert. Daneben sei aber auch eine Rückabwicklung des Geschäfts zulässig. Freilich nennt *Flume* keine Argumente für sein Ergebnis.

88 Vgl. oben II 1 a.

89 WILHELM, FS Flume II, S. 388 f.

Herausgabepflicht abzuwenden⁹⁰. Denn das Wahlrecht läßt sich bereits mit allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Prinzipien begründen. Die (schwebende) Unwirksamkeit eines von einem falsus procurator getätigten Geschäfts entfällt, wenn sich der Vertragsgegner zum Abschluß eines Vertrages innerhalb des dem Vertreter gesetzten Limits erbietet. Eine solche Bereitschaft gibt ein Gesellschafter zu erkennen, wenn er zur Aufzahlung gewillt ist. Das Ergebnis folgt nicht nur aus der ratio der §§ 177 ff BGB, sondern auch derjenigen des Instituts der verdeckten Gewinnausschüttung.

(1) Zweck der §§ 177 ff BGB

Die §§ 177 ff BGB wollen zunächst dem nahezu selbstverständlichen Postulat der Privatautonomie Rechnung tragen, daß der Vertretene vorbehaltlich anderslautender Verkehrsschutznormen nur insoweit gebunden wird, als die von ihm erteilte Vollmacht reicht; darüber hinaus kann er das Geschäft durch Genehmigung an sich ziehen⁹¹. Diese Prinzipien werden nicht in Frage gestellt, wenn man dem Geschäftsgegner gestattet, den Vertretenen an einer Abrede festzuhalten, die sich innerhalb des von diesem gezogenen Rahmens bewegt. Hätte der Vertreter von vornherein das Limit eingehalten, könnte sich der Vertretene vom Vertrag nicht lösen. Ihn aus der Bindung zu entlassen, obgleich der Partner bereit ist, die zunächst gesetzten Grenzen zu akzeptieren, liefe im Ergebnis auf ein Reurecht hinaus.

Ein solches Reurecht einzuräumen, liegt bei den §§ 177 ff BGB genausowenig im Plan des Gesetzes wie in anderen Fällen. So kann der Vertragsgegner den Irrrenden anerkanntermaßen an demjenigen Vertragsinhalt festhalten, der dessen ursprünglichem Willen entspricht⁹². Ungeachtet der dogmatischen Einordnungsprobleme⁹³ folgt das aus einer teleologischen Interpretation der Anfechtungsnormen. Akzeptiert der Vertragspartner das Geschäft mit einem Inhalt, der dem tatsächlichen Willen des Irrrenden entspricht, so bedarf es einer restlosen Vernichtung des Vertrages nur mit Rücksicht auf den nunmehr geänderten Willen

90 So jedoch die in Fn. 83 als abweichende Ansicht Genannten.

91 Vgl. nur THIELE, Münchener Komm. z. BGB, 2. Aufl., 1984, § 177 Rdn. 1; FLUME, Allgemeiner Teil, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, § 44 I; MEDICUS, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1988, Rdn. 975; HÜBNER, Allgemeiner Teil, 1985, Rdn. 677.

92 ERMAN/BROX, Komm. z. BGB, 7. Aufl., 1981, § 119 Rdn. 7; KRAMER, Münchener Komm. z. BGB, 2. Aufl., 1984, § 119 Rdn. 129; SOERGEL/HEFERMEHL, Komm. z. BGB, 12. Aufl., 1988, § 119 Rdn. 76; FLUME, aaO (Fn. 91), § 21 6; LARENZ, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl., 1983, S. 376; MEDICUS, aaO (Fn. 91), Rdn. 781; BROX, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., 1988, Rdn. 363; KÖHLER, BGB Allgemeiner Teil, 19. Aufl., 1986, § 14 IV 4c; ausführlich KRAMPE/BERG, Jura 1986, 208 ff; a. A. SPIESS, JZ 1985, 598 ff.

93 Vgl. Darstellung und Kritik bei SPIESS, JZ 1985, 594 ff.

des Anfechtungsberechtigten nicht⁹⁴. Ebensovienig kann derjenige, zu dessen Gunsten die Verwerfung einer Vertragsklausel wirkt, die Gesamtnichtigkeit der Abrede geltend machen⁹⁵. Und schließlich ist der Partner eines genehmigungspflichtigen, in der vorliegenden Form aber nicht genehmigungsfähigen Vertrages gehalten, an einer Änderung mitzuwirken und Hindernisse aus dem Weg zu räumen⁹⁶, soweit nicht ohnehin schon mit der Auslegung geholfen werden kann⁹⁷. Dabei werden ihm Änderungen zugemutet, wenn sie ihm lediglich günstig sind⁹⁸, im Einzelfall sogar gewisse Abstriche an seinen Rechten⁹⁹. So weit braucht man bei der verdeckten Gewinnausschüttung nicht zu gehen, da die Gesellschaft mit einem Neuabschluß zu Marktkonditionen, verglichen mit dem zunächst vereinbarten Inhalt, jedenfalls nicht benachteiligt wird.

(2) Zweck des Instituts der verdeckten Gewinnausschüttung

Umgekehrt deckt sich das Wahlrecht des Gesellschafters mit den Zwecken, die zur Ausformung des Sanktionensystems der verdeckten Gewinnausschüttung geführt haben. Ziel ist es nicht, das Vermögen der Gesellschaft in seinen einzelnen Gegenständen zu erhalten, Zweck ist vielmehr allein die rein rechnerische Bindung des Vermögenswertes — und zwar nicht nur, was das in § 30

94 A. A. SPIESS, JZ 1985, 599 f, dessen Wertung, es bestehe kein Bedürfnis für die Aufrechterhaltung, zudem könne der Anfechtungsgegner auf Kosten des Anfechtenden spekulieren, aber nicht überzeugt; ablehnend zu *Spieß* auch SOERGEL/HEFERMEHL, aaO (Fn. 92), § 119 BGB Rdn. 76; MEDICUS, aaO (Fn. 91), Rdn. 781; KRAMPE/BERG, Jura 1986, 210.

95 Vgl. etwa BGH WM 1959, 566, 568; WM 1971, 98, 99; BGH NJW 1967, 245, 246; ERMAN/BROX, aaO (Fn. 92), § 139 BGB Rdn. 33; SOERGEL/HEFERMEHL, aaO (Fn. 92), § 139 BGB Rdn. 46; STAUDINGER/DILCHER, Komm. z. BGB, 12. Aufl., 1980, § 139 Rdn. 29; RGZ 91, 359, 362 hatte noch gefordert, der Vertrag müsse bereits von einem Teil erfüllt sein; BGH NJW 1967, 245, 246 hat diese Einschränkung aufgegeben.

96 BGHZ 67, 34, 35 f m. w. Nachw.; BGH NJW 1960, 523; NJW 1967, 830, 831; NJW 1973, 1498, 1499; NJW 1979, 1545, 1546; BGH WM 1963, 763, 765, 766; BGH BB 1960, 919; BGH DNotZ 1966, 739, 742; BGH LM Nr. 1 zu § 1136 BGB; ROTH, Münchener Komm. z. BGB, 2. Aufl., 1985, § 242 Rdn. 164; SOERGEL/WIEDEMANN, Komm. z. BGB, 11. Aufl., 1986, § 275 Rdn. 61.

97 Vgl. z. B. BGHZ 63, 132, 137; BGH NJW 1979, 1545, 1546; 1979, 2250, 2251; BGH LM Nr. 51 zu § 139 BGB.

98 BGHZ 67, 34, 36 f; BGH NJW 1960, 523; BGH BB 1960, 919; BGH LM Nr. 1 zu § 1136 BGB.

99 BGH WM 1963, 763, 766 f; BGH DNotZ 1966, 739, 742 ff; ROTH, aaO (Fn. 96), § 242 BGB Rdn. 164.

GmbHG zugunsten der Gläubiger verankerte Auszahlungsverbot angeht¹⁰⁰, sondern auch, sofern das Interesse der Mitgesellschafter auf dem Spiel steht¹⁰¹. Das geschmeidige Instrumentarium des Wahlrechts beläßt dem Gesellschafter die Entscheidungsfreiheit, ob er die Aufzahlung der Rückgabepflicht vorziehen will, berücksichtigt auf der anderen Seite auch hinreichend die Belange der Gesellschaft. Das Recht zur Aufzahlung scheidet freilich aus, wenn das Geschäft nicht nur der Disproportionalität von Leistung und Gegenleistung wegen von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer nicht mehr gedeckt war. Zur Veräußerung eines für den Geschäftsbetrieb wesentlichen Gutes sind sie auch bei marktgerechtem Preis nicht befugt. Gleiches gilt, wenn der Gleichbehandlungsgrundsatz durch die Veräußerung an einen Gesellschafter verletzt wurde, obgleich auch andere ihr Interesse an der veräußerten Sache bekundet hatten.

(3) Probleme der Konstruktion

Schwierigkeiten der konstruktiven Details sollen nicht unterschlagen werden. Auch wenn etwa die Gesellschafterversammlung die Genehmigung bereits ausdrücklich verweigert hat, geht das Wahlrecht des Betroffenen nicht unter. § 177 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BGB läßt sich mit einer Sicht nicht in Einklang bringen, die – etwa nach Ablehnung der Genehmigung – das Geschäft für endgültig vernichtet hielte. Zudem entfällt mit dem Angebot des Gesellschafters die Notwendigkeit der Genehmigung als solche. Mit dem Problem, wie lange sich der Gesellschafter mit seiner Entscheidung Zeit lassen darf, ist auch die h. M. konfrontiert. Am besten ist den beiderseitigen Belangen mit einer analogen Anwendung des § 177 Abs. 2 BGB gedient: Nach Aufforderung durch die Gesellschaft kann der Gesellschafter sein Wahlrecht innerhalb von zwei Wochen ausüben.

100 Nur unter diesem Aspekt behandelt von FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 7; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 849; JOOST, ZHR 148 (1984), 27 f, 54; RÖHRKASTEN, Die verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschafts- und Steuerrecht, 1967, S. 115 f; unentschieden HUECK, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 13; a. A. HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 12; ROTH, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Anm. 2.1; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 8. Wenn JOOST, ZHR 148 (1984), 27, 54 den Rückforderungsanspruch „infolge richtiger Durchführung des Konzepts der wertmäßigen Vermögensbildung als Wertausgleichsanspruch“ ansehen will, so bleibt die Ableitung unklar.

101 So i. E. auch FLUME, aaO (Fn. 13), S. 291.

3. Schadensersatzansprüche

Ist der Bereicherungsanspruch auch nicht an ein Verschulden des Empfängers geknüpft, so deckt er auf der anderen Seite weitergehende Einbußen der Gesellschaft nicht ab. Erst die fahrlässige oder vorsätzliche Verletzung der Treuepflicht begründet einen Schadensersatzanspruch¹⁰². Die Einzelheiten in Tatbestand und Rechtsfolge sind bekanntlich äußerst umstritten¹⁰³; sie können auch hier nicht Punkt für Punkt diskutiert werden. Der Anspruch steht der Gesellschaft zu, was das einzelne Mitglied freilich nicht daran hindert, die Forderung in *actio pro socio* durchzusetzen¹⁰⁴. Passivlegitimiert ist der Empfänger und regelmäßig nur er¹⁰⁵. Wo andere Gesellschafter, und sei es auch pflichtwidrig, die verdeckte Gewinnausschüttung genehmigt haben, ist ihr Handeln im allgemeinen nicht kausal für den schon entstandenen Schaden geworden. Voraussetzung bleibt allemal, daß ein die Ausschüttung deckender Beschluß wirksam angefochten wurde¹⁰⁶; solange er noch besteht, stützt er die Begünstigung des Gesellschafters; dies darf nicht auf dem Umweg über die Pflicht zum Schadensersatz unterlaufen werden¹⁰⁷.

102 BGHZ 65, 15, 21; 95, 330, 340; OLG Karlsruhe WM 1984, 656, 660; HACHENBURG/SCHILLING, aaO (Fn. 14), § 14 GmbHG Rdn. 27 f; SCHOLZ/WINTER, aaO (Fn. 54), 1986, § 14 GmbHG Rdn. 62; HUECK, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Rdn. 31, § 29 GmbHG Rdn. 74; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 14 GmbHG Rdn. 13; ROTH, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Anm. 5.3.2; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 13 GmbHG Rdn. 17, 20; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 14 GmbHG Rdn. 29; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 499; WINTER, ZHR 148 (1984), 579, 592 ff.

103 Vgl. etwa die Darstellung bei WINTER, aaO (Fn. 11), S. 235, 306 ff; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 592 ff.

104 So i. E. etwa BGHZ 65, 15, 21; SCHOLZ/WINTER, aaO (Fn. 54), § 14 GmbHG Rdn. 62; HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 74; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 307 ff; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 595; a. A. OLG Karlsruhe WM 1984, 656, 660 f; vgl. ferner Fn. 77. Umstritten ist etwa, ob die Mitgesellschafter einen eigenen zusätzlichen Schaden liquidieren können (so etwa SCHOLZ/WINTER, aaO [Fn. 54], § 14 GmbHG Rdn. 62; a. A. HUECK, aaO [Fn. 11], § 29 GmbHG Rdn. 74), wem das Unterlassen einer Überwachung der Geschäftsführer zuzurechnen ist (vgl. dazu WINTER, ZHR 148, [1984], 579, 592 f) und vieles mehr.

105 So i. E. etwa HUECK, aaO (Fn. 11), § 29 GmbHG Rdn. 74.

106 SCHOLZ/WINTER, aaO (Fn. 54), § 14 GmbHG Rdn. 62; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 14 GmbHG Rdn. 29; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 322 ff, weitere Nachw. zum Meinungsstand S. 321 mit Fn. 60 f. — Anders verhält es sich natürlich, wenn der Gesellschafter nur faktisch seinen Einfluß mißbraucht hat, um der Gesellschaft ungünstige Maßnahmen durchzudrücken.

107 Ausführlich WINTER, aaO (Fn. 11), S. 322 ff.

III. Der Schutz der Gläubiger

(Die Erhaltung des Stammkapitals)

Die Darstellung beschränkte sich bislang auf Fälle, in denen das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen durch die verdeckte Gewinnausschüttung nicht tangiert wurde. Verstößt das Geschäft wegen der ungleichgewichtigen Leistungspflichten obendrein gegen § 30 GmbHG, so ändert sich das Bild in einigen Facetten.

1. Die dogmatische Struktur des § 30 GmbHG

Wie § 30 GmbHG dogmatisch zu erklären sei, wird bekanntlich recht kontrovers beurteilt. Das Spektrum der Meinungen reicht von einem gesetzlichen Verbot hinsichtlich des dinglichen wie des schuldrechtlichen Vertrages¹⁰⁸ über die Verwerfung nur des Erfüllungsgeschäfts¹⁰⁹ bis hin zur h. M., es liege eine Sonderregelung vor, für die § 31 GmbHG abschließende Konsequenzen ziehe¹¹⁰. Eine Rückabwicklung des Erfüllungsgeschäfts nach den Regeln der §§ 985 ff BGB müßte freilich zwangsläufig mit § 31 Abs. 2 GmbHG kollidieren, der den gutgläubigen Empfänger nur insoweit zur Erstattung verpflichtet, als diese zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist¹¹¹. Diese Privilegierung

108 HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 8 f, die das Verpflichtungsgeschäft aber nur dann als nichtig betrachten, wenn es zwangsläufig zu einem nichtigen Erfüllungsgeschäft führe; von schwebender Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts spricht FLUME, aaO (Fn. 13), S. 291.

109 CANARIS, FS Fischer, S. 56; RÖHRKASTEN, GmbH-Rdsch. 1974, 37.

110 RGZ 168, 292, 302; RG DR 1942, 40; BGHZ 69, 274, 280; 95, 188, 192; BGH WM 1982, 1402; 1987, 1040, 1041; BGH LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG; HUECK, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 21; ROTH, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Anm. 2.3; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 16; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 30 GmbHG Rdn. 10; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 849 f; IMMENGA, aaO (Fn. 29), S. 221 f; JOOST, ZHR 148 (1984), 27, 30 ff für das Verpflichtungs-, 34 ff für das Übertragungsgeschäft; MEISTER, WM 1980, 396 ff; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 226; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 587; U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 282; i. E. trotz mancher Bedenken auch SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 10 f, der das Verpflichtungsgeschäft für nichtig erachtet, wenn es auf eine Leistung auch für den Fall abzielt, daß das Stammkapital beeinträchtigt wird. — Die weitergehende Ansicht, bei bewußtem Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG seien Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft nichtig (so etwa BGHZ 69, 274, 280 und h. M.), ist wenig überzeugend, da § 134 BGB regelmäßig nicht von subjektiven Voraussetzungen abhängt (JOOST, ZHR 148 [1984], 27, 30 Fn. 12). Zumindest muß § 31 Abs. 3 GmbHG ergänzend herangezogen werden.

111 RGZ 168, 292, 302; BGH LM Nr. 1 zu § 30 GmbHG; MEISTER, WM 1980, 397; JOOST, ZHR 148 (1984), 27, 36; WESTERMANN, FS Oppenhoff, 1985, S. 543; i. E. auch WINTER, aaO (Fn. 11), S. 227; a. A. CANARIS, FS Fischer, S. 56; RÖHRKASTEN, GmbH-Rdsch. 1974, 37 unter Hinweis auf die trotz § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG abweichende h. M. im Aktienrecht.

liefe weitgehend leer. Doch auch die h. M. steuert wenig dazu bei, die dogmatische Struktur aufzuhellen. Der hier vertretenen Konzeption nach handelt es sich um die Sanktion einer Kompetenzüberschreitung. § 30 Abs. 1 GmbHG, vollends § 43 Abs. 3 GmbHG verdeutlichen die fehlende Kompetenz der Geschäftsführer zur Auszahlung¹¹². Daß die Gesellschafter den Vertrag nicht genehmigen können, steht der Einordnung nicht entgegen; das Handeln der Geschäftsführer wird von der Vertretungsmacht auch und erst recht nicht gedeckt, wenn das Gesetz der Zustimmung keine Wirkung beilegt. Die Rechtsfolgen sind freilich in § 31 GmbHG gesondert geregelt¹¹³. So bleiben die Abweichungen zur h. M. im Ergebnis gering¹¹⁴; sie fallen erst bei Weitergabe oder direkter Leistung an Dritte stärker ins Gewicht¹¹⁵.

2. Keine Genehmigung durch die Gesellschafter

Die Gläubigerinteressen sind für die Gesellschafter nicht verfügbar; ein zustimmender Gesellschafterbeschuß kann daher die Rechtsfolgen des § 31 Abs. 1 GmbHG nicht unterlaufen¹¹⁶. Ganz ohne Wirkung bleibt er trotzdem nicht. Ohne Genehmigung konkurrieren die §§ 812 ff, 985 ff BGB mit § 31 GmbHG — eine durchaus sachgerechte Lösung: Des speziellen Schutzes des § 31 Abs. 2 GmbHG bedarf der Gesellschafter angesichts der unterschiedlichen Schutzrichtung dann nicht¹¹⁷.

3. Das Wahlrecht des Begünstigten

Auf bereits entwickelten Regeln fußt das Recht des Gesellschafters, der GmbH die marktübliche Gegenleistung anzubieten und dadurch den Herausgabebanspruch abzuwenden. Wiederum steht die h. M. vor dem Dilemma, sich entweder zur rigiden Pflicht zur Rückabwicklung zu bekennen, soweit sich die Parteien nicht auf einen Neuabschluß verständigen, oder die Wahlmöglichkeit

112 Vgl. WINTER, aaO (Fn. 11), S. 227, 229; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 588 mit hier nicht geteilten Folgerungen; vgl. dazu oben II 1 b; im Ergebnis wohl auch SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 494 f; a. A. JOOST, ZHR 148 (1984), 27, 30 Fn. 10 in Auseinandersetzung mit WILHELM, FS Flume II, S. 364 f.

113 Relevanter Zeitpunkt ist derjenige des Erfüllungsgeschäfts, da erst dann das Aktivvermögen gemindert wird (HUECK, aaO [Fn. 11], § 30 GmbHG Rdn. 11, 21; ausführlich JOOST, ZHR 148 [1984], 27, 31 f). Dieser Vertrag ist daher ohne Vertretungsmacht geschlossen, während sich das vom Verpflichtungsgeschäft jedenfalls dann nicht sagen läßt, wenn die Auswirkungen der späteren Erfüllung noch nicht absehbar sind (vgl. dazu schon Fn. 108 und 110).

114 Unterscheidungen ergeben sich namentlich im Konkurs; vgl. CANARIS, FS Fischer, S. 56 einerseits; JOOST, ZHR 148 (1984), 27, 37 andererseits.

115 Vgl. unten IV 1, 2 a.

116 U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 282; LUTTER, FS Stiefel, S. 525.

117 Vgl. auch schon oben II 1 c cc.

ohne überzeugende Begründung mehr zu postulieren denn deduzieren zu können¹¹⁸. Der Kompetenzverteilung dagegen wird durch den Neuabschluß innerhalb des von der Vertretungsmacht gesteckten Rahmens genügt. § 30 GmbHG steht nicht entgegen, da die Norm ja nur die vermögensmäßige, nicht die gegenständliche Bindung gewährleistet, und demgemäß ein Reurecht der Gesellschaft nicht zu begründen vermag.

IV. Die verdeckte Gewinnausschüttung durch Geschäfte mit Dritten

Erhebliches Kopfzerbrechen verursachen seit jeher Geschäfte mit Dritten. Gewisse Schwierigkeiten bei der Analyse bereitet die Tatsache, daß die h. M die Frage regelmäßig nur im Kontext der §§ 30 f GmbHG erörtert¹¹⁹. Sie will bei mancherlei Divergenz in Einzelfragen differenzieren zwischen den Fällen der abgekürzten Lieferung, bei denen Schuldner des Rückerstattungsanspruchs gemäß § 31 GmbHG von vornherein nur der Gesellschafter sei¹²⁰, und Leistungen, die an den Dritten anstelle des Gesellschafters wegen enger rechtlicher oder persönlicher Bindungen erfolgten: Der Dritte hafte dann nach § 31 Abs. 1 GmbHG, je nach Sachlage allein oder kumulativ mit dem Gesellschafter¹²¹. Damit wird die Problematik indessen nicht erschöpft und nicht stets zutreffend

118 Vgl. die Nachweise in Fn. 100.

119 Vgl. die Nachweise in Fn. 120 und 121; eine Erörterung der Konsequenzen für die verdeckte Gewinnausschüttung, auch soweit sie nicht gegen § 30 GmbHG verstößt, findet sich bei SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 502 f; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 232 f; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 590 f.

120 BGHZ 60, 324, 330 f; 81, 365, 368; BGH WM 1982, 1402; BGH LM Nr. 3 zu § 30 GmbHG; OLG Hamburg GmbH-Rdsch. 1970, 64; ebenso für das Aktienrecht BGH Die AG 1981, 227 sowie OLG Düsseldorf Die AG 1980, 273, 274 f und LG Düsseldorf Die AG 1979, 291 als Vorinstanzen; ferner BARZ, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 4; HEFERMEHL/BUNGEROTH, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 26 f; i. E. auch BGHZ 13, 49, 54 f; SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 10; HUECK, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 17; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 15; ROTH, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Anm. 2.2.1; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 31 GmbHG Rdn. 4; MICHALSKI, Die AG 1980, 269; GESSLER, FS Fischer, S. 145; nicht eindeutig ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 6, der wohl auch bei abgekürzter Leistung (stets?) den Dritten kumulativ haften lassen will.

121 BGHZ 31, 258, 266 f; 75, 334, 335 f; BGH NJW 1976, 751, 752 (KG); OLG Hamburg DB 1984, 1515 f; OLG Celle ZIP 1985, 100, 104 (jeweils Treugeber; kumulative Haftung mit Treuhänder); ebenso SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 24 f; HUECK, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 17; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 31 GmbHG Rdn. 4; für das Aktienrecht HEFERMEHL/BUNGEROTH, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 25; LUTTER, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 73; i. E. auch HACHENBURG/ULMER, Komm. z. GmbHG, 7. Aufl., 1983, § 2 Rdn. 54 f, soweit Leistungen aufgrund des Beteiligungsverhältnisses erbracht wurden; vgl. aber die Nachw. zur Gegenmeinung bei HACHENBURG/ULMER, aaO, § 2 GmbHG Rdn. 52; BGHZ 81, 365, 368 f; BGH NJW 1984, 1036; 1987, 1194, 1195; BGH WM 1986, 237,

gelöst. Notwendige Unterscheidungen werden eingegeben, wenn man ebenso pauschal wie nichtssagend den mittelbaren Vorteil des Gesellschafters zum ausschlaggebenden Kriterium erhebt¹²².

239 (nahe Angehörige; kumulative Haftung mit Gesellschafter); ebenso SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 24; HUECK, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 17; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 17, § 31 GmbHG Rdn. 5; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stempel, S. 502; GESSLER, FS Fischer, S. 145; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 232; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 590; SONNENHOL/STÜTZLE, WM 1983, 4; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 31 GmbHG Rdn. 4, der aber dies nur bei zumindest fahrlässiger Unkenntnis des Verstoßes gegen § 30 GmbHG anzunehmen scheint; für das Aktienrecht BARZ, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 4; HEFERMEHL/BUNGEROTH, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 29; ablehnend LUTTER, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 73; BGHZ 81, 311, 315; BGH WM 1986, 789; BGH NJW 1984, 1036; 1987, 1080, 1081; OLG Hamburg ZIP 1987, 977, 981 f; (für verbundene Unternehmen); ebenso SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 30; HUECK, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 17; ZÖLLNER, aaO (Fn. 31), Schlußanhang I Rdn. 36; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 17, § 31 GmbHG Rdn. 5; MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 31 GmbHG Rdn. 4; SCHULZE-OSTERLOH, FS Stempel, S. 502; GESSLER, FS Fischer, S. 146 ff; WINTER, aaO (Fn. 11), S. 232; DERS., ZHR 148 (1984), 579, 590; SONNENHOL/STÜTZLE, WM 1983, 4; U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 299 (der i. E. aber mit dem Mißbrauch der Vertretungsmacht arbeitet); für das Aktienrecht BARZ, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 14; differenzierend HOMMELHOFF, WM 1984, 1116 f; ROTH, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Anm. 2.2.1 (anders aber wohl DERS., aaO [Fn. 11], § 30 GmbHG Anm. 2.2.4, § 31 GmbHG Anm. 2.1) will nur den Gesellschafter haften lassen; ebenso LUTTER, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 73; DERS., FS Stiefel, S. 532, der den Empfänger bei Bösgläubigkeit haften läßt; nicht eindeutig MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 30 GmbHG Rdn. 7; MICHALSKI, Die AG 1980, 266 nimmt eine Haftung bei wirtschaftlicher Einheit an, die er durch die Möglichkeit definiert, daß der über die Mehrheitsbeteiligung verfügende Aktionär seinen Willen gegen die Minderheitsgesellschaft durchsetzen kann; HEFERMEHL/BUNGEROTH, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 30, knüpfen an den zumindest mittelbaren Vorteil des beteiligten Aktionärs an; CANARIS, FS Fischer, S. 43 fordert in solchen Fällen zusätzlich die Bösgläubigkeit des Minderheitsaktionärs; BGH LM Nr. 3 zu § 30 GmbHG rechnet die Verbindlichkeit einer Gesellschaft ihrem beherrschenden Mitglied zu; BGH WM 1986, 237, 239 bringt eine Kombination der Zurechnungsgesichtspunkte der nahen Verwandtschaft und der Beherrschung. — Die Rechtsprechung bezieht sich z. T. auf die Frage der eigenkapitalersetzenden Darlehen, doch besteht ein enger Zusammenhang: Die Betroffenen sind nicht nur im Konkurs der Gesellschaft disprivilegiert, sondern haben zurückgezahlte Gelder u. U. gemäß den durch §§ 32 a, b GmbHG nicht derogierten Grundsätzen der Rechtsprechung zu erstatten. — HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 9 wollen prinzipiell nur den Empfänger haften lassen, entscheiden aber beim Strohmann und Treugeber anders; CANARIS, FS Fischer, S. 39 kritisiert die Formulierung der Rechtsprechung als zu weit; MEISTER, WM 1980, 395 und MEYER-LANDRUT, aaO (Fn. 29), § 31 GmbHG Rdn. 4 tritt stets für kumulative Haftung ein; BARTH/GELSEN DB 1981, 2265 ff lehnen eine kumulative Haftung generell ab.

122 So etwa BGH WM 1957, 61; LG Düsseldorf Die AG 1979, 290, 291; HEFERMEHL/BUNGEROTH, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 24; SONNENHOL/STÜTZLE, WM 1983, 2; MEISTER, WM 1980, 390.

1. Die abgekürzte Lieferung

Recht einfach liegen die Dinge allerdings bei der abgekürzten Lieferung. Ungeachtet der direkten Zuwendung der Sache ist die Übereignung über Eck zu konstruieren¹²³, falls nicht spezifische Tatbestandsmerkmale wie die (Zwischen-) Eintragung im Grundstücksverkehr fehlen. Zwar ist das Deckungsverhältnis mangels Vertretungsmacht der Geschäftsführer auf schuldrechtlicher wie dinglicher Ebene nichtig und muß rückabgewickelt werden¹²⁴. Der Vindikationsanspruch ist jedoch abgeschnitten, soweit die §§ 932 ff BGB zugunsten des Dritten wirken; nur bei unentgeltlichem Erwerb ist er gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Rückgabe verpflichtet. Ging das Eigentum aufgrund gesetzlicher Vorschriften über — Parafall sind die §§ 946 ff BGB —, so setzen sich die Wertungen in der kondiktionsrechtlichen Abwicklung fort¹²⁵. Der Dritte ist also nicht stets abgesichert; war er bösgläubig oder erwarb er unentgeltlich, so bleibt er einer direkten Forderung der Gesellschaft ausgesetzt¹²⁶.

Für Ansprüche, die lediglich auf dem Gebot der Kapitalerhaltung fußen, etwa weil die Gesellschafter dem Geschäft zugestimmt hatten¹²⁷, gelten keine Sonderregeln. Konstruktiv ist das freilich nur zu bewältigen, wenn man — wie hier — § 30 GmbHG als (gesetzliche) Schranke der Vertretungsmacht interpretiert und demgemäß auch den dinglichen Verträgen die Wirksamkeit versagt. Bloß schuldrechtliche Rückabwicklungspflichten gehen den Dritten bis zur Grenze des § 826 BGB nichts an¹²⁸. § 31 GmbHG analog zugunsten des Empfängers zu bemü-

123 Vgl. für bewegliche Sachen etwa BGH NJW 1982, 2371, 2372; 1986, 1166, 1167; STAUDINGER/WIEGAND, Komm. z. BGB, 12. Aufl., 1987, § 929 Rdn. 46 ff, 53 ff.

124 Das ist ganz h.M., wird meist umgekehrt formuliert: Die Rückabwicklung ist (grundsätzlich) nur im Deckungsverhältnis möglich; vgl. etwa LIEB, aaO (Fn. 79), § 812 BGB Rdn. 33.

125 Das ist weitgehend unstreitig, vgl. etwa LIEB, aaO (Fn. 79), § 812 BGB Rdn. 236 ff; ausführlich THIELMANN, AcP 187 (1987), 34 ff. Die Entscheidung BGHZ 56, 228, 241, die die Bösgläubigkeit des Empfängers noch als unerheblich abgetan hatte, wird überwiegend abgelehnt; vgl. LIEB, aaO (Fn. 79.), § 812 BGB Rdn. 242.

126 A. A. JOOST, ZHR 148 (1984), 27, 37 f ohne stichhaltige Begründung. — Daneben haftet gesamtschuldnerisch auch der Gesellschafter; vgl. VON CAEMMERER, FS Rabel, 1954, S. 391; KOPPENSTEINER/KRAMER, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Aufl., 1988, S. 95 m. w. Nachw.; a. A. LIEB, aaO (Fn. 79), § 812 BGB Rdn. 248 jeweils für die Einbaufälle.

127 Die im Recht der GmbH h. M. mißt der Bösgläubigkeit des Empfängers regelmäßig keine Bedeutung bei; vgl. BGHZ 60, 324, 330 f; BGH LM Nr. 3 zu § 30 GmbHG; OLG Celle ZIP 1985, 100, 103; HUECK, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 17; FISCHER/LUTTER/HOMMELHOFF, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 15; HOMMELHOFF, WM 1984, 1117; a. A. im Aktienrecht z. B. LUTTER, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 74 m. w. Nachw.; vgl. aber auch Fn. 140.

128 Vgl. etwa LIEB, aaO (Fn. 79), § 812 BGB Rdn. 33 m. w. Nachw.; dieses Ergebnis wird meist mit dem Vorrang der Leistungsbeziehung beschrieben.

hen¹²⁹, entpuppt sich angesichts der Bösgläubigkeit des Dritten als zwecklos und damit überflüssig.

2. Der direkte Vertragsschluß mit dem Dritten

Schwerer zu fassen sind die Fallgruppen, in denen die Gesellschaft mit dem Dritten direkt den schuldrechtlichen wie dinglichen Vertrag schließt.

a) Ansprüche gegen den Dritten

Der Vertragspartner selbst haftet allerdings nur in Ausnahmefällen. Sinn der im Außenverhältnis nicht beschränkbarer Vertretungsmacht der Geschäftsführer ist es ja gerade, Dritte von der Kontrolle zu entlasten, ob denn die interne Bindung beachtet ist. So darf er die Gelegenheit eines ihm günstigen Geschäfts ohne weiteres nutzen.

aa) Mißbrauch der Vertretungsmacht

Eine Grenze zieht erst das Institut des Mißbrauchs der Vertretungsmacht. Handeln die Geschäftsführer intern pflichtwidrig und kannte der Erwerber die näheren Umstände bzw. war der Mißbrauch evident¹³⁰, so wird die Gesellschaft nicht gebunden¹³¹; natürlich sind die Gesellschafter nicht gehindert, den Vertrag zu genehmigen¹³², wenn das Stammkapital nicht beeinträchtigt wird.

129 MEISTER, WM 1980, 399; a. A. für die Parallelproblematik im Aktienrecht CANARIS, FS Fischer, S. 36 f.

130 Die exakten Tatbestandsvoraussetzungen sind bekanntlich sehr umstritten; es ist indes nicht nötig, sie im Detail zu untersuchen; vgl. Überblick und Diskussion bei K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 205 f. — Bewußtes Handeln zum Nachteil der Gesellschaft ist nicht erforderlich; BGH NJW 1984, 1461, 1462. Auch dürfte es dem Dritten nur schaden, wenn er wußte oder es ihm evident war, daß die Geschäftsführer ihre Vertretungsmacht überschritten; vgl. auch hierzu BGH NJW 1984, 1461, 1462. — Die Geschäftsführer verstoßen zwar nicht gegen § 46 Nr. 1 GmbHG, so doch gegen die Pflicht, die Gesellschaft nicht zu schädigen.

131 WILHELM, FS Flume II, S. 366 Fn. 109.

132 Auch hierbei ist die dogmatische Verankerung alles andere als eindeutig, ohne daß sie hier der Vertiefung bedürfte; vgl. K. SCHMIDT, aaO (Fn. 11), S. 204.

bb) Umgehung des § 30 GmbHG?

Während die h. M. einer verdeckten Gewinnausschüttung an einen Dritten, solange sie nur das Stammkapital nicht tangiert, wenig Aufmerksamkeit schenkt, widmet sie sich intensiv Geschäften, die das Gesellschaftsvermögen unter die von der Satzung festgelegte Mindesthöhe drücken. Sie will den Dritten nicht nur in Fällen des Mißbrauchs der Vertretungsmacht als passivlegitimiert ansehen, sondern immer dann, wenn § 30 GmbHG umgangen werde. Dabei scheint sie sich nicht zuletzt auf § 31 GmbHG stützen zu können, der nicht den Gesellschafter als Pflichtigen bezeichnet, sondern neutral den Empfänger¹³³. Modellcharakter haben nach h. M. ferner die §§ 89 Abs. 1 und 3, 115 Abs. 2 AktG, die sowohl die Gewährung von Krediten an Organe, als auch an für ihre Rechnung handelnde Dritte sowie an Ehegatten und minderjährige Kinder von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig machen. Diese Vorschriften regelten Umgehungstatbestände, welche auf das Gebot der Kapitalrückzahlung zu übertragen seien¹³⁴.

Beide Argumente überzeugen nicht. Schon § 31 GmbHG kann sich wohl nur auf § 30 GmbHG beziehen und setzt daher mittelbar voraus, daß der Gesellschafter Anspruchsgegner ist¹³⁵; die Norm führt jedenfalls nicht weiter¹³⁶. Und die Parallele zu § 89 Abs. 3 AktG ist, was Auszahlungen an nahestehende Dritte angeht, zum einen zu weit, zum anderen zu schmal. Sie ist zu weit, weil sie schematisch Zahlungen an Familienangehörige ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Zusammenhang erfaßt. Solche Ausschüttungen werden in der Realität zwar häufig der Gesellschafterstellung wegen erfolgen, doch keineswegs stets. Nicht zuletzt das Bundesverfassungsgericht hat einer solch pauschalen Betrachtungsweise widersprochen, die nur an das Bestehen einer Ehe anknüpft¹³⁷. Auch die Gefahr eines Wertungswiderspruchs wäre nicht ausgeräumt, zieht man etwa die abgekürzte Lieferung zum Vergleich heran. Sichert den Dritten dort die Wertung der §§ 932 ff BGB vor einem Anspruch der Gesellschaft, so wäre es ungereimt, bei einer direkten Abrede zwischen der Gesellschaft und dem Emp-

133 HACHENBURG/GOERDELER/MÜLLER, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 9; ROWEDDER, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 5; MEISTER, WM 1980, 395.

134 BGHZ 81, 365, 368 f; BGH WM 86, 237, 239; SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 24; HUECK, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 17; ROTH, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Anm. 2.2.1; CANARIS, FS Fischer, S. 31, 38; TIMM, Die AG 1981, 135; FISCHER, Pro GmbH, 1980, S. 151; für das Aktienrecht HEFERMEHL/BUNGEROTH, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 29.

135 SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 30 GmbHG Rdn. 23, § 31 GmbHG Rdn. 9; CANARIS, FS Fischer, S. 54 f; BARTH/GELSEN, DB 1981, 2265; SONNENHOL/STÜTZLE, WM 1983, 3; a. A. freilich HACHENBURG/ULMER, aaO (Fn. 121), § 2 GmbHG Rdn. 54 m. w. Nachw.

136 HUECK, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 10.

137 BVerfGE 69, 188, 205 ff m. w. Nachw.; 76, 126, 129 f.

fänger undifferenziert dessen Rückgabepflicht zu postulieren¹³⁸. Auf der anderen Seite ist § 89 Abs. 3 AktG als Modell zu eng, da alle Zuwendungen unberücksichtigt bleiben müssten, die dort nicht genannte Dritte begünstigen, auch dann, wenn sie vom Gesellschafter ausdrücklich initiiert wurden und dies dem Empfänger bekannt war¹³⁹.

Die Ungereimtheiten sind mitnichten zufällig. Ob eine Regelung von Umgehungstatbeständen unter Anknüpfung an nahe Verwandtschaft, wie sie § 89 Abs. 3 AktG für die Darlehensgewährung vorsieht, für das Erfordernis der Genehmigung angezeigt, auch nur ohne Differenzierung haltbar ist, mag hier offenbleiben; das Konzept des § 89 AktG läßt sich jedenfalls nicht unesehen auf die verdeckte Gewinnausschüttung übertragen. Das veranschaulicht nicht zuletzt § 89 Abs. 4 Satz 2 AktG, der bei Personenidentität der Organe verbundener Gesellschaften von der Einwilligung des Aufsichtsrats absieht und damit als Modell der Sanktionierung ausscheidet, obgleich die Haftung eines Dritten, sollte sie überhaupt legitim sein, gerade bei verbundenen Gesellschaften am Platz wäre.

Das Institut des Mißbrauchs der Vertretungsmacht kann auf solche eher zufällige Differenzierungen verzichten. Das Geschäft ist nicht von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer gedeckt, ohne daß die Zustimmung der Gesellschafter daran im Hinblick auf den Schutzzweck des § 30 GmbHG etwas zu ändern vermöchte. Der Fehler kann dem Dritten entgegengehalten werden, soweit der Verstoß für ihn evident war. Das paßt zu neueren Tendenzen, die die Bösgläubigkeit des Empfängers als konstitutiv für den Direktanspruch der Gesellschaft einstufen, ohne dies bislang konstruktiv präzisieren zu können^{140, 141}.

138 Vgl. hierzu CANARIS, FS Fischer, S. 34 f.

139 Vgl. hierzu CANARIS, FS Fischer, S. 39 f.

140 Vgl. etwa SCHOLZ/WESTERMANN, aaO (Fn. 11), § 31 GmbHG Rdn. 10; SONNENHOLZ/STÜTZLE, WM 1983, 4; LUTTER, FS Stiefel, S. 532 für den Konzern; DERS., aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 73 m. w. Nachw. für das Aktienrecht; ferner die Andeutung in BGHZ 81, 365, 369 f. — Die Disprivilegierung des unredlichen Empfängers wird in mehrfacher Hinsicht relevant: Zum einen, wenn der Gesellschafter, der die Auszahlung in die Wege leitet, (gesetzlicher) Vertreter des Begünstigten ist, dem konsequenterweise die Kenntnis zugerechnet wird (i. E. richtig daher BGHZ 81, 365, 369 f.). Wenn ferner § 9 a Abs. 4 GmbHG analog gelten soll (CANARIS, FS Fischer, S. 40 f für die Parallelvorschrift des § 46 Abs. 5 AktG), so genügt Satz 2 der Vorschrift, der die Kenntnis des Strohmanns auch zu Lasten des Treugebers wirken läßt. Probleme birgt zum anderen die Haftung des Hintermanns bei Ausschüttungen der GmbH an den Treuhänder. Sie pauschal zu bejahen (vgl. etwa CANARIS, FS Fischer, S. 41), ist nicht unproblematisch, jedenfalls soweit man § 9 a Abs. 4 Satz 2 GmbHG teleologisch restringiert und daher nicht anwenden will, wenn sich der Hintermann jedes Einflusses enthalten hat (so etwa SCHOLZ/WINTER, aaO [Fn. 54], § 9 a GmbHG Rdn. 26).

141 Die vielfachen Verwicklungen des Konzernrechts können hier nur angedeutet werden. Nach den geschilderten Regeln haftet die an der ausschüttenden Gesellschaft beteiligte

b) Ansprüche gegen den Gesellschafter

Andererseits bedeutet das nicht, daß die Gesellschaft stets das Nachsehen hat, wenn dem Dritten die fehlende Vertretungsmacht entgangen war¹⁴². Schließlich kann ein Mitglied, aus welchen Gründen auch immer, die Abmachung in die Wege geleitet haben, indem es mit den Geschäftsführern vereinbarte, dem Dritten solle die Sache verbilligt angeboten werden. Zu solch gesellschaftsschädigendem Verhalten fehlt den Geschäftsführern die Vertretungsmacht. Genausowenig wie sie den Gesellschafter selbst einseitig bevorzugen dürfen, genausowenig steht es ihnen frei, ihm die Begünstigung eines Dritten zuzusagen. Die Vereinbarung ist schwebend unwirksam; die Abwicklung mündet in die bekannten kondiktionsrechtlichen Regeln. Da der vorteilhafte Vertragsschluß als solcher nicht an die Gesellschaft zurückerstattet werden kann, schuldet der Gesellschafter Wertersatz, ohne sich auf §§ 814, 817 Satz 2 bzw. 818 Abs. 3 BGB stützen zu können.

Als zentrales Problem schält sich damit die Frage heraus, unter welchen Umständen der Gesellschafter für den Nachteil der Gesellschaft verantwortlich gemacht werden darf. Haftet er auch augenfällig im soeben geschilderten Fall, so ist ihm umgekehrt eigenmächtiges Verhalten der Geschäftsführer nicht anzulasten, das er vielleicht gar nicht kennt, jedenfalls nicht billigt. Die Scheidelinie wird durch die gängigen Zurechnungskriterien gezogen. Überall dort, wo sich

Empfängerin, ferner die Muttergesellschaft, jedenfalls, soweit sie die Initiative ergriffen hatte (so i. E. auch LUTTER, FS Stiefel, S. 531 f). Der Empfänger dürfte, auch wenn er nicht Mitglied ist, regelmäßig schon der Unredlichkeit seiner Vertreter wegen zur Rückzahlung verpflichtet sein, sofern man nicht ohnedies allen in den Konzern Eingebundenen gegenüber die Vertretungsmacht der Geschäftsführer ihrer internen Bindung gemäß beschränken will (so pauschal U. H. SCHNEIDER, FS Bärmann, 1975, S. 890 f; DERS., ZGR 1980, 529; DERS., ZHR 143 [1979], 485, 510; DERS., BB 1981, 254; DERS., BB 1986, 203 ff; für Geschäfte mit zur Gänze beherrschten Töchtern auch OLG Hamburg ZIP 1980, 1000, 1004; ROWEDDER/KOPPENSTEINER, aaO [Fn. 37], § 37 GmbHG Rdn. 51; EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, 2. Aufl., 1977, S. 261; SCHIESSL, Die beherrschte Personengesellschaft, 1985, S. 67 f; offen, der Tendenz nach indes eher ablehnend BGHZ 33, 122, 132). Die übrigen Mitglieder sind dagegen nur verpflichtet, wenn sie die Ausschüttung an Dritte veranlaßt haben (ULMER, ZHR 148 [1984], 391, 401; a. A. ZÖLLNER, aaO [Fn. 31], Schlußanhang I Rdn. 36; vgl. sogleich im Text). Den Interessen von Minderheitsgesellschaftern der nur mittelbar beteiligten GmbH (hierzu U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 290; ferner CANARIS, FS Fischer, S. 43 f, der hier das „Verkehrsgeschäft“ verneint) kann durch hintereinander geschaltete Anfechtung der die Ausschüttung stützenden Beschlüsse bzw. eine Intervention bei der ausschüttenden Gesellschaft in Form einer actio pro socio Rechnung getragen werden. Der Lösungsansatz mit Hilfe der Kompetenzbeurteilung erweist sich somit durchgängig als fruchtbar.

142 Zu eng dagegen SCHULZE-OSTERLOH, FS Stimpel, S. 503, der die Haftung des veranlassenden Gesellschafters nicht diskutiert.

die Geschäftsführer einer Weisung des Gesellschafters beugen¹⁴³, ist der Vertragsschluß mit dem Dritten zugleich eine rechtsgrundlose Leistung auch an den Gesellschafter. Dieser ist darüber hinaus nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet, sofern ihm Verschulden vorzuwerfen ist. Die übrigen Mitglieder können das Handeln der Geschäftsführer genehmigen und so den Rechtsgrund nachschieben, soweit ihnen das nicht durch § 30 GmbHG verwehrt ist¹⁴⁴.

V. Zusammenfassung

1. Mit der verdeckten Gewinnausschüttung an einen Gesellschafter überschreiten die Geschäftsführer der GmbH ihre Vertretungsmacht. Das begünstigte Mitglied kann sich nicht auf die nur Dritten gegenüber unbeschränkbare Vertretungsmacht berufen; das Geschäft ist nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts schwebend unwirksam.
2. Die Gesellschafter können die Verträge genehmigen, haben bei ihren Beschlüssen jedoch den Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten und ihrer Treuepflicht nachzukommen. Keinesfalls darf die Ausschüttung gegen § 30 GmbHG verstoßen.
3. Die Verletzung der innergesellschaftlichen Kompetenzverteilung eröffnet kein Reurecht der Gesellschaft. Der Begünstigte kann daher verlangen, daß die Geschäftsführer im Namen der GmbH den Vertrag zu Marktkonditionen erneuern.

143 Vgl. BGH WM 1957, 61; HEFERMEHL/BUNGEROTH, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 27 f; LUTTER, aaO (Fn. 11), § 57 AktG Rdn. 74; GESSLER, FS Fischer, S. 145; WILHELM, FS Flume II, S. 366 Fn. 109; U. H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 297: Veranlassung; CANARIS, FS Fischer, S. 38 f: Zutun oder zumindest Billigung des Gesellschafters. Das Problem ist einer Drittzahlung, der im Valutaverhältnis keine Forderung zugrunde liegt, nahe verwandt. Hier versagt die h. M. den Zugriff auf den angeblichen Schuldner und läßt die Kondiktion nur gegen den Empfänger zu (vgl. etwa LIEB, aaO [Fn. 79], § 812 BGB Rdn. 108; STAUDINGER/LORENZ, aaO [Fn. 79], § 812 BGB Rdn. 43 f jeweils m. w. Nachw. auch zur Gegenansicht). Ähnliches gilt in den Fällen fehlender Anweisung, da dort die Leistung des vermeintlich Angewiesenen nicht dem angeblich Anweisenden zugerechnet werden kann. Auch hier kommt nur eine Direktkondiktion in Frage (LIEB, aaO [Fn. 79], § 812 BGB Rdn. 56; CANARIS, JZ 1984, 628). Da zwischen dem Dritten und der Gesellschaft ein wirksamer Vertrag geschlossen ist, der als solcher keines Rechtsgrundes bedarf, ist eine Kondiktion in diesen Fällen allerdings von vornherein ausgeschlossen.

144 In der Praxis mögen Beweisfragen die größten Schwierigkeiten bereiten. Tatsächlich ist es für die anderen Gesellschafter nicht stets ganz einfach, eine solche Beeinflussung nachzuweisen. Doch dürfte häufig mit dem prima-facie-Beweis zu helfen sein; vgl. CANARIS, FS Fischer, S. 46 f; ferner U.-H. SCHNEIDER, ZGR 1985, 297, der eine widerlegliche Vermutung zu Rate zieht, wenn zwei Unternehmen desselben Konzerns beteiligt sind.

4. Dritte sind nur in zwei Fällen zur Rückgabe verpflichtet: Einmal, wenn nach einer abgekürzten Lieferung die Voraussetzungen einer Direktkondition erfüllt sind, zum anderen bei einem Vertrag zwischen ihnen und der Gesellschaft, soweit die Überschreitung der Vertretungsmacht für sie zumindest evident war. Die Gesellschafter haften in den Fällen der Zuwendung, ferner insoweit, als sie den Vertragsschluß mit dem Dritten zurechenbar veranlaßt hatten.