



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 90/13

Verkündet am:
27. Januar 2015
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Dentalartikel

GmbHG § 16 Abs. 1 aF; GWB § 1

Wird der Erwerb eines Geschäftsanteils an einer GmbH nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF ordnungsgemäß bei der Gesellschaft angemeldet, gilt der Gesellschaft gegenüber der Erwerber auch dann als Gesellschafter, wenn durch den Beitritt die Voraussetzungen für eine Freistellung der Gesellschaft vom Verbot des § 1 GWB entfallen sind.

BGH, Urteil vom 27. Januar 2015 - KZR 90/13 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 2015 durch die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Raum sowie die Richter Prof. Dr. Strohn, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und unter Zurückweisung der Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. April 2013 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die beklagte GmbH betreibt in Form einer Einkaufskooperation u.a. den zentralen Einkauf von Dentalartikeln für ihre Gesellschafter. Sie war als Mittelstandskartell vom Bundeskartellamt gemäß § 4 Abs. 2 GWB in der Fassung der 6. GWB-Novelle 1998 (im Folgenden: GWB aF, entspricht § 3 GWB nF) vom Verbot des § 1 GWB freigestellt.

2 Nach § 8 Abs. 1c Nr. 1 ihrer Satzung kann der Geschäftsanteil eines Ge-
sellschafters eingezogen werden, wenn der Gesellschafter aus wichtigem
Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden könnte.

3 Mit Vertrag vom 1. November 2001 erwarb die zu einem finnischen Kon-
zern gehörende Klägerin einen Geschäftsanteil an der Beklagten. Mit dem Bei-
tritt wurde zweifelhaft, ob die Beklagte noch die Voraussetzungen für die kartell-
rechtliche Freistellung erfüllte.

4 Das Bundeskartellamt vertrat u.a. bei einer Besprechung vom 22. Januar
2008 die Auffassung, dass sich die Beklagte von drei ihrer Gesellschafter, da-
runter der Klägerin, trenne müsse, um den kartellrechtlich unbedenklichen Zu-
stand wiederherzustellen. Daraufhin zog die Beklagte mit Beschluss der Gesell-
schafterversammlung vom 10. September 2008 den Geschäftsanteil der Kläge-
rin ein. Die beiden anderen betroffenen Gesellschafter verließen die Beklagte
durch Kündigungen.

5 Die Klägerin hat die kartellrechtliche Beurteilung des Bundeskartellamts
für falsch gehalten und deshalb gegen den Einziehungsbeschluss Anfechtungs-
und Nichtigkeitsklage erhoben. Im Laufe des ersten Rechtszuges hat sie ihre
Klage umgestellt. Sie hat sich dabei den Standpunkt der Beklagten zu eigen
gemacht, ihr Beitritt sei kartellrechtswidrig gewesen. Weiter hat sie angenom-
men, ihr Beitritt sei damit von Anfang an unwirksam; damit seien alle gegensei-
tigen Leistungen nach Bereicherungsrecht rückabzuwickeln. Auf dieser Grund-
lage hat sie beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 1.641.375,92 € zu verurtei-
len. Hilfsweise hat sie ihre Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage weiterverfolgt.

6 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen - eine erhobene Widerklage
spielt ebenso keine Rolle mehr wie die zeitweise Beteiligung eines zweiten Be-
klagten. Das Berufungsgericht hat der Klage im Hauptantrag in Höhe von
812.480,15 € stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Mit ihrer vom Senat

zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag in vollem Umfang weiter. Die Klägerin hat sich der Revision mit dem Ziel angeschlossen, die Verurteilung der Beklagten im vollen Umfang des Zahlungsantrags zu erreichen.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Klägerin hat nach dem für das Revisionsverfahren zu unterstellenden Sachverhalt keine Ansprüche gegen die Beklagte auf Ersatz einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Anschlussrevision der Klägerin ist dagegen zurückzuweisen.

8 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin ständen Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff. BGB zu, wenn auch in geringerer als der geltend gemachten Höhe. Dazu hat es ausgeführt:

9 Der Beitritt der Klägerin sei gemäß § 134 BGB von Anfang an nichtig gewesen. Es liege ein Verstoß gegen § 1 GWB vor, weil eine Voraussetzung für eine Freistellung nach § 4 Abs. 2 GWB aF mit dem Beitritt der Klägerin nicht mehr erfüllt gewesen sei. Die Klägerin sei wegen der nach § 36 Abs. 2 GWB gebotenen Berücksichtigung der Umsätze der mit ihr verbundenen Unternehmen des finnischen Konzerns nicht als kleines oder mittleres Unternehmen im Sinne des Kartellrechts anzusehen. Damit sei eine Freistellung nach § 4 Abs. 2 GWB aF nur in Ausnahmefällen in Betracht gekommen. Dass ein solcher Ausnahmefall hier vorliege, habe die Beklagte nicht dargelegt.

10 Der Anwendung der allgemeinen Regeln des Bereicherungsrechts stehe auch § 16 Abs. 1 GmbHG in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Moder-

nisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 1. November 2008 geltenden Fassung (im Folgenden: GmbHG aF) nicht entgegen. Insoweit setze sich die Rechtsfolge des § 134 BGB durch. Andernfalls würde die Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterlaufen und das wettbewerbswidrige Verhalten endgültig manifestiert.

11 Die Bereicherungsansprüche der Klägerin seien jedoch der Höhe nach nur im Umfang von 812.480,15 € begründet. Verjährung sei nicht eingetreten.

12 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

13 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings den Beitritt der Klägerin zur Beklagten nicht aufgrund der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft für wirksam erachtet.

14 Nach dieser Lehre wird eine Gesellschaft, die an einem Gründungsman- gel leidet und dennoch in Vollzug gesetzt worden ist, grundsätzlich als wirksam behandelt. Einem Gesellschafter, der sich auf den Mangel berufen will, steht ein Recht zur außerordentlichen Kündigung mit Wirkung ex nunc zu (BGH, Be- schluss vom 12. Juli 2010 - II ZR 160/09, ZIP 2010, 2497 Rn. 6 mwN). Die Rechtsfolgen einer derartigen Kündigung ergeben sich aus den für das Aus- scheiden eines Gesellschafters vorgesehenen gesellschaftsrechtlichen Regeln (BGH, Urteil vom 15. Mai 2000 - II ZR 6/99, ZIP 2000, 1208; 1209 f.; C. Schäfer in GroßKomm.HGB, 5. Aufl., § 105 Rn. 359 f.; Wertebuch in Ebenroth/ Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 105 Rn. 277 f.).

15 Der Bundesgerichtshof wendet diese Grundsätze in seiner neueren Rechtsprechung nicht auf den Erwerb eines Geschäftsanteils an einer GmbH an. Zur Begründung hat er darauf hingewiesen, dass im Verhältnis des An- teilserwerbers zur Gesellschaft diese schon durch § 16 Abs. 1 GmbHG aF ge-

schützt sei. Danach gelte der Gesellschaft gegenüber im Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei den Geschäftsführern angemeldet sei. Die Frage, ob ein Mangel des Erwerbsvertrages mit Rückwirkung geltend gemacht werden könne, betreffe also nur das Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber. Das rechtfertige es nicht, insoweit von den hergebrachten Grundsätzen einer rückwirkenden Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit abzuweichen (BGH, Urteil vom 22. Januar 1990 - II ZR 25/89, ZIP 1990, 371, 373 f.; Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 409/02, ZIP 2005, 253 f., anders noch Urteil vom 13. März 1975 - II ZR 154/73, WM 1975, 512, 514).

- 16 2. Hieraus folgt jedoch nicht, dass der Klägerin die geltend gemachten Bereicherungsansprüche zustehen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts steht die Nichtigkeit des Anteilskauf- und -abtretungsvertrages nach § 134 BGB, § 1 GWB der Annahme nicht entgegen, dass die Klägerin gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG aF der Beklagten gegenüber als Erwerberin des Geschäftsanteils und damit als Gesellschafterin gilt.
- 17 a) Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen zu der Frage getroffen, ob der Anteilserwerb der Klägerin bei den Geschäftsführern der Beklagten von der Klägerin oder dem Veräußerer unter Nachweis des Übergangs angemeldet worden ist. Für das Revisionsverfahren ist dies zugunsten der Beklagten zu unterstellen.
- 18 b) Ob die damit grundsätzlich anwendbare Vorschrift des § 16 Abs. 1 GmbHG aF auch dann eingreift, wenn die Nichtigkeit der Übertragung eines Geschäftsanteils nach § 134 BGB auf einem Verstoß gegen § 1 GWB beruht, ist - ebenso wie bei § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in der derzeit geltenden Fassung - umstritten. Die überwiegende Meinung im gesellschafts- und kartellrechtlichen Schrifttum nimmt dies an. Sie begründet die Anwendung im Wesentli-

chen mit der durch § 16 GmbHG bezweckten Rechtssicherheit (Winter/Löbbecke in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 1. Aufl., 2005, § 16 Rn. 51; Löbbecke in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 82; Winter/Seibt in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., 2006, § 16 Rn. 23, und Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl., § 16 Rn. 26; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl., § 16 Rn. 28, anders noch in der 4. Aufl., 2002, § 16 Rn. 44; MünchKommGmbHG/Heidinger, 2. Aufl., § 16 Rn. 57; Brandes in Bork/Schäfer, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 28; Nordemann in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl., GWB, § 1 Rn. 254; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 15 Rn. 29; ebenso bezüglich der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft Immenga, Festschrift Benisch, 1989, S. 327, 334 ff.; Krauß in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Aufl., GWB, § 1 Rn. 338). Nach der Gegenmeinung tritt § 16 GmbHG aF dagegen hinter §§ 134 BGB, 1 GWB zurück. Zur Begründung wird angeführt, der gute Glaube an die kartellrechtliche Wirksamkeit der Anteilsabtretung sei nicht geschützt, im Übrigen widerspräche eine Anwendung des § 16 GmbHG aF den Zielen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (OLG Frankfurt am Main, WuW/E OLG 5035; Münch.Hdb.GesR III/Jasper, 3. Aufl., § 24 Rn. 235; Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., GWB, § 1 Rn. 196, der aber eine Abwicklung ex nunc befürwortet; für das Gesellschaftsinnenverhältnis nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft s. Paschke, ZHR 155 [1991], 1, 18 ff.).

19 c) Die herrschende Meinung trifft zu. Die Regelung des § 16 Abs. 1 GmbHG aF kommt auch bei Anteilsübertragungsverträgen zur Anwendung, die gegen § 1 GWB verstoßen und deshalb nach § 134 BGB nichtig sind.

20 (1) Der Bundesgerichtshof hat bei der Anwendung des § 16 Abs. 1 GmbHG aF bislang nicht zwischen Verstößen gegen § 1 GWB und anderen Unwirksamkeitsgründen differenziert (s. BGH, Urteil vom 10. Mai 1982 - II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 49; Urteil vom 24. Juni 1996 - II ZR 56/95, NJW-RR

1996, 1377, 1378; Urteil vom 13. Oktober 2008 - II ZR 76/07, ZIP 2008, 2214 Rn. 7), sondern im Gegenteil seine Auffassung, ein fehlerhafter Beitritt zu einer GmbH sei nicht nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft zu beurteilen, damit begründet, dass nach § 16 Abs. 1 GmbHG aF die Gesellschaft unabhängig von der wahren Rechtslage jeden, dessen Anteilserwerb bei ihr angemeldet und nachgewiesen worden sei, als Gesellschafter behandeln dürfe und müsse (BGH, Urteil vom 22. Januar 1990 - II ZR 25/89, ZIP 1990, 371, 373 f.; Urteil vom 13. Dezember 2004 - II ZR 409/02, ZIP 2005, 253 f.).

21 (2) Diese Auslegung des § 16 Abs. 1 GmbHG aF entspricht nicht nur dem Wortlaut der Norm, sondern auch ihrem Sinn und Zweck. Für die Gesellschaft wie für den Veräußerer und den Erwerber soll bei einem unwirksamen Beitritt durch die Fiktion eines wirksamen Erwerbs der Gesellschafterstellung Rechtssicherheit geschaffen werden. Insbesondere soll die Gesellschaft nicht darüber streiten müssen, wer zur Zahlung der Einlage verpflichtet ist (BGH, Urteil vom 22. Januar 1990 - II ZR 25/89, ZIP 1990, 371, 374; Urteil vom 24. Juni 1996 - II ZR 56/95, NJW-RR 1996, 1377, 1378; Urteil vom 17. Januar 2007 - VIII ZR 37/06, NJW 2007, 1058, 1059). Insoweit dient die Vorschrift auch dem Gläubigerschutz. Die Gläubiger sollen darauf vertrauen dürfen, dass diejenigen, die ihren Beitritt ordnungsgemäß angemeldet haben und dementsprechend von der Gesellschaft als Gesellschafter behandelt werden, auch tatsächlich wie ein Gesellschafter den gesellschaftsrechtlichen Bindungen unterliegen, etwa dem Verbot, aus der Gesellschaft Vermögen zu entnehmen, soweit dadurch eine Unterbilanz entsteht oder vertieft wird (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 2012 - II ZR 252/10, BGHZ 193, 96 Rn. 25). Dieses Schutzbedürfnis der Gesellschaft wie ihrer Gläubiger und der am Erwerb des Geschäftsanteils beteiligten Gesellschafter besteht grundsätzlich auch dann, wenn der Beitritt wegen Verstoßes gegen § 1 GWB nichtig ist, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, in dem die beklagte Gesellschaft keinen kartellrechtswidrigen Zweck verfolgt hat, sondern

vom Kartellverbot freigestellt war und die zutreffende kartellrechtliche Beurteilung des Beitritts der Klägerin nicht offenkundig war.

22 (3) Die Anwendung des § 16 Abs. 1 GmbHG aF auf nach §§ 134 BGB, 1 GWB nichtige Gesellschaftsbeitritte steht auch nicht im Widerspruch zu der an eine kartellrechtswidrige Vereinbarung geknüpften Nichtigkeitsfolge oder sonstigen vorrangigen kartellrechtlichen Wertungen.

23 Zwar findet nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dort ihre Grenze, wo vorrangige Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen, was regelmäßig dann der Fall ist, wenn die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages darauf beruht, dass gegen ein im öffentlichen Interesse zur institutionellen Sicherung der Wettbewerbsfreiheit erlassenes Gesetz - wie § 1 GWB - verstoßen wird (BGH, Urteil vom 13. November 1990 - KZR 2/89, WuW/E 2675, 2678 - Nassauische Landeszeitung, mwN; aA K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 6 III 3, S. 149 ff.; Lohse in Festschrift Säcker, 2011, S. 827, 838 ff.). Zum einen ist aber - wie oben dargelegt - diese Lehre auf einen Gesellschafterwechsel bei einer Kapitalgesellschaft schon grundsätzlich nicht anwendbar; zum anderen sieht das Gesetz für nichtige Gesellschaftsverträge einer GmbH und nichtige Erwerbsvorgänge spezielle Regeln vor.

24 Selbst wenn der Zweck der Gesellschaft auf einen Verstoß gegen das Kartellverbot gerichtet ist, bedarf es regelmäßig keiner von Gesetzes wegen eintretenden Nichtigkeit. Vielmehr kann jeder Gesellschafter, jeder Geschäftsführer und jeder Aufsichtsrat eine Nichtigkeitsklage nach § 75 GmbHG erheben (BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 - KZR 58/07, WuW/E DE-R 2742 Rn. 17 - Gratiszeitung Hallo; C. Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002, S. 282 ff.; aA für gegen § 1 GWB verstoßende Verträge K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl., § 75 Rn. 12) mit der Folge, dass die Gesellschaft nach § 77

Abs. 1, §§ 65 ff. GmbHG abzuwickeln ist (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 1956 - II ZB 11/56, BGHZ 21, 378, 381 f. zu § 117 BGB), was auch mit Art. 12 Satz 1 Buchst. a, b Unterabs. ii, Satz 2 und Art. 13 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 (2. Publizitätsrichtlinie, ABl. EU Nr. L 258/11) übereinstimmt. Bei Gefährdungen des Gemeinwohls kann die Gesellschaft auch nach § 62 Abs. 1 GmbHG durch die Verwaltungsbehörde von Amts wegen aufgelöst werden. Daneben kann das Registergericht die Gesellschaft nach §§ 395, 397 FamFG von Amts wegen löschen (Casper in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 62 Rn. 18; Zimmer in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., GWB, § 1 Rn. 196; Immenga, Festschrift Benisch, 1989, S. 327, 334 ff.; Schwintowski, NJW 1988, 937, 939 f.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 6 III 3 b; S. 150; Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 38 ff.; Benner, Kartellrechtliche Unwirksamkeit bei verfassten Verbänden, 1993, S. 79 ff.; einschränkend Paschke, ZHR 155 (1991), 1, 16 ff.; MünchKomm.GmbHG/Mayer, 2. Aufl., § 2 Rn. 182 f.). Ferner kann die Kartellbehörde mit einer Verfügung, gegebenenfalls auch mit einem Bußgeldbescheid, auf eine Beseitigung des rechtswidrigen Zustands hinwirken.

25 Ähnlich verhält es sich bei einem kartellrechtswidrigen Beitritt zu einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. § 16 Abs. 1 GmbHG aF ändert an der Nichtigkeit des Erwerbsvorgangs nach den allgemeinen Regeln nichts. Gerade für den Fall der Nichtigkeit ordnet das Gesetz an, dass der (Schein-) Erwerber der Gesellschaft gegenüber als Erwerber *gilt*. Im Verhältnis zum Veräußerer verbleibt es überdies uneingeschränkt dabei, dass der Erwerbsvertrag von Anfang an nichtig ist. Der Anteilserwerber muss also damit rechnen, von dem Veräußerer jederzeit aus ungerechtfertigter Bereicherung in Anspruch genommen zu werden.

- 26 Damit ist jedenfalls für den Regelfall gewährleistet, dass die Anwendung der Vorschriften des GmbH-Rechts nicht dazu führt, die vom Kartellrecht angeordnete Nichtigkeitsfolge zu beseitigen oder in ihrer Wirksamkeit in Frage zu stellen. Ob es Fälle gibt, bei denen § 16 Abs. 1 GmbHG aF ausnahmsweise nicht oder nur eingeschränkt zur Anwendung kommen kann, etwa bei einer bewussten und gewollten Verletzung eines Verbotsgesetzes (vgl. dazu Immenga in Festschrift Benisch, 1989, S. 327, 335), kann offen bleiben. Für einen solchen Ausnahmefall hat das Berufungsgericht nichts festgestellt.
- 27 (4) Ebenfalls offen bleiben kann die Frage, inwieweit die gesellschaftsrechtlichen Rechtsbehelfe auch in Fällen wie dem vorliegenden anwendbar sind, in dem die Anteilsübertragung wegen der dadurch veränderten Zusammensetzung des Gesellschafterkreises zum Wegfall der Freistellungsfähigkeit geführt hat (gegen eine Anwendung des § 75 GmbHG auf wegen Geschäftsunfähigkeit unwirksame Beitrittserklärungen KG, ZIP 2000, 2253, 2254 f.; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 2 Rn. 45; § 15 Rn. 29; zum Streit um die "nachträgliche" Unwirksamkeit eines Gesellschaftsvertrages nach § 1 GWB wegen Beitritts eines neuen Gesellschafters zu einer Personengesellschaft s. K. Schmidt, BB 2014, 515 ff.; Theurer, BB 2013, 137, 138 ff.; Wessels, ZIP 2014, 101 ff.; Lohse in Festschrift Säcker, 2011, 827, 838 ff.). Denn jedenfalls hat die Gesellschaft mit der Einziehung des Geschäftsanteils nach § 34 GmbHG - oder der Ausschließung des Gesellschafters - ein Mittel in der Hand, den kartellrechtswidrigen Zustand - insoweit ebenso wie mit einer Nichtigkeitsklage - zu beenden, ohne aber die Gesellschaft auflösen zu müssen. Dass die Einziehung nur zu einem Untergang des Geschäftsanteils mit Wirkung ex nunc führt, entspricht den dargestellten Rechtsbehelfen bei nichtigen Gesellschaftsverträgen und ist schon deshalb nicht systemwidrig.
- 28 d) Danach hat die Klägerin gegen die Beklagte keine Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. Alle Zahlungen, die sie geleistet hat und jetzt

von der Beklagten zurückverlangt, sind mit Rechtsgrund erfolgt. Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung, es komme nicht auf die Wirkungen des § 16 Abs. 1 GmbHG aF an, weil sich die Zahlungen der Klägerin nicht aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben hätten, sondern aus dem Anteilskauf- und -abtretungsvertrag mit der früheren Gesellschafterin sowie aus einer Vereinbarung der Parteien vom 29. März/4. April 2007 und sie damit auf einem rein schuldrechtlichen Rechtsgrund beruhen.

29 (1) Der Bundesgerichtshof hat die Vorschrift des § 16 Abs. 1 GmbHG aF stets so ausgelegt, dass der Erwerber in allen Beziehungen - im Verhältnis zur Gesellschaft - als Gesellschafter gilt. Die Gesellschaft soll unabhängig von der wahren Rechtslage berechtigt und verpflichtet sein, jeden, der sich einmal ihr gegenüber als Erwerber ausgewiesen hat, so lange als Gesellschafter zu behandeln, bis eine Rechtsänderung bei ihr angemeldet und nachgewiesen ist (BGH, Urteil vom 10. Mai 1982 - II ZR 89/81, BGHZ 84, 47, 49; Urteil vom 22. Januar 1990 - II ZR 25/89, ZIP 1990, 371, 374; Urteil vom 13. Oktober 2008 - II ZR 76/07, ZIP 2008, 2214 Rn. 7). Danach werden von § 16 Abs. 1 GmbHG aF alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten erfasst. Das gilt etwa für das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung, das Informationsrecht nach § 51a GmbHG und das Bezugsrecht bei einer Kapitalerhöhung. Offen bleiben kann, ob davon auch Rechtsbeziehungen erfasst werden, die zwar nicht ohne die Gesellschafterstellung begründet worden wären, aber nicht zur satzungsgemäßen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses gehören, sondern auf einem eigenständigen Rechtsgrund, etwa einem Kaufvertrag, beruhen. Denn sämtliche Leistungen, die die Klägerin von der Beklagten zurückverlangt, gehen auf Rechtsbeziehungen im Sinne des § 16 GmbHG aF zurück.

30 So beruhte die als "Einlage" bezeichnete Zahlung der Klägerin an die Beklagte in Höhe von 120.000 DM (= 61.355 €) auf dem notariell beurkundeten Kauf- und Abtretungsvertrag vom 1. November 2001, an dem auch die Beklagte

beteiligt war und in dem die einzelnen Zahlungspflichten der Klägerin im Verhältnis zur Beklagten aufgeführt sind.

31 Auch das an die D. zu zahlende Darlehen in Höhe von 252.679,00 DM (= 129.192,72 €) beruht auf der Absprache in dem Kauf- und Abtretungsvertrag und hat, da die übrigen Gesellschafter gleiche Beträge geleistet haben, einen einlageähnlichen Charakter (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 1999 - II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, 120 f.).

32 Nichts anderes gilt für die "Kostenpauschale" in Höhe von 564.245,48 DM (= 288.494,13 €), bei der das Berufungsgericht offen gelassen hat, ob es sich um ein Agio oder um einen pauschalen Kostenausgleich für Aufwendungen der Beklagten im Zusammenhang mit dem Beitritt der Klägerin handelt.

33 Die Nutzungsersatzansprüche in Höhe von 72.383,81 € und 211.054,49 € teilen das rechtliche Schicksal der zugrundeliegenden Kapitalüberlassungen und sind deshalb ebenfalls gesellschaftsvertraglicher Art.

34 Schließlich beruht auch die Ausgleichszahlung der Klägerin in Höhe von 50.000 € wegen des nicht mit dem Gesellschaftsvertrag konformen Ausscheidens bestimmter Gesellschafter auf dem Gesellschaftsvertrag.

35 (2) Ob in besonders gelagerten Fällen die Wirksamkeit des Kartellverbots und die an einen Verstoß hiergegen geknüpfte Nichtigkeitsfolge eine andere Beurteilung rechtfertigen, bedarf keiner Entscheidung. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben auch insoweit keine Anhaltspunkte für einen Ausnahmefall.

36 III. Die Anschlussrevision ist unbegründet.

37 Das folgt zwar nicht schon daraus, dass die Revision der Beklagten begründet ist. Denn zugunsten der Klägerin ist für die Prüfung der Anschlussrevision - spiegelbildlich zum Rechtsmittel der Beklagten - zu unterstellen, dass die Klägerin nicht ordnungsgemäß bei den Geschäftsführern der Beklagten als neue Gesellschafterin angemeldet worden ist. Dann käme § 16 Abs. 1 GmbHG aF nicht zur Anwendung, und die Parteien hätten ihre Leistungen nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung rückabzuwickeln. Auch in diesem Fall bleibt aber die Anschlussrevision in der Sache ohne Erfolg.

38 1. Das Berufungsgericht hat die Klage hinsichtlich der auf die Kostenpauschale in Höhe von 288.494,13 € entfallenden Umsatzsteuer in Höhe von 46.159,00 € abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Auch insoweit bestehe zwar ein Bereicherungsanspruch. Die Beklagte könne sich jedoch auf den Wegfall der Bereicherung berufen, weil sie die Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt habe. Die Klägerin vermöge ihren Anspruch nicht damit zu begründen, dass die Parteien bei ihren Finanzämtern jeweils spiegelbildlich berichtigte Umsatzsteuererklärungen einreichen könnten. Denn auf eine mögliche künftige steuerliche Rückabwicklung, die von einer nachträglichen Steuererhebung abhängt, lasse sich ein derzeitiger Zahlungsanspruch der Klägerin nicht stützen.

39 Dagegen wehrt sich die Anschlussrevision ohne Erfolg.

40 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar die in einer Rechnung ausgewiesene Umsatzsteuer untrennbarer Bestandteil der zivilrechtlich geschuldeten Leistung. In Höhe der an das Finanzamt abgeführten Umsatzsteuer kann sich der Bereicherungsschuldner jedoch auf einen Wegfall der Bereicherung im Sinne des § 818 Abs. 3 BGB berufen. Danach mindert die tatsächlich gezahlte Umsatzsteuer den Bereicherungsanspruch (BGH, Urteil vom 8. Mai 2008 - IX ZR 229/06, ZIP 2008, 1127 Rn. 11; Urteil vom 25. März 1976 - VII ZR 32/75, BGHZ 66, 150, 157; Urteil vom 30. September 1970

- VIII ZR 221/68, NJW 1970, 2059; dem Urteil vom 15. Januar 1992 - IV ZR 317/90, NJW-RR 1992, 558, 560 - ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen). Entgegen der Auffassung der Anschlussrevision gilt das nicht nur für einen Bereicherungsanspruch aus § 816 BGB, sondern auch für einen solchen aus - wie hier - § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (BGH, Urteil vom 25. März 1976 - VII ZR 32/75, BGHZ 66, 150, 151). Die bereicherungsrechtliche Lage mag anders sein, wenn die Steuerbelastung vom Finanzamt ausgeglichen wird (MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl., § 818 Rn. 142). Das ist hier jedoch nicht geschehen. Deshalb könnte derzeit allenfalls ein Anspruch der Klägerin auf Abtretung eines etwaigen Steuerrückzahlungsanspruchs der Beklagten gegen den Fiskus in Betracht kommen. Einen solchen Anspruch macht die Klägerin indes nicht geltend.

41 Damit kann offen bleiben, ob eine Berichtigung der Umsatzsteuererklärungen nach § 17 Abs. 2 Nr. 3 UStG - wie die Anschlussrevisionserwiderung meint - ohnedies nicht in Betracht kommt, weil es sich bei den der Kostenpauschale zugrundeliegenden Leistungen der Beklagten um Dienstleistungen gehandelt hat, die mit ihrer Erbringung erledigt sind und nicht rückabgewickelt werden können (s. dazu BFH, BStBl II 2009, 250 Rn. 55).

42 2. Weiter hat das Berufungsgericht die Klage in Höhe der "Gemeinschaftskosten" von insgesamt 1.028.236,14 € abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Die "Gemeinschaftskosten", die von der Klägerin aufgrund des Geschäftsanteilskauf- und abtretungsvertrages gezahlt worden seien, stellten ein Entgelt dar für die von der Beklagten vorzuhaltenden Leistungsangebote wie etwa die Lagerhaltung. Bei der Abwicklung der beiderseitigen Leistungen sei der Wert der ohne Rechtsgrund erbrachten gegenseitigen Leistungen der Parteien zu saldieren, so dass nur derjenige einen Bereicherungsanspruch in entsprechender Höhe habe, zu dessen Gunsten sich ein Saldo ergebe. Hier führe die Saldierung zu einem ausgeglichenen Ergebnis, so dass die Klage in-

soweit unbegründet sei. Zwar ließen sich die Gegenleistungen der Beklagten nicht mehr im Einzelnen aufklären und exakt wertmäßig bemessen. Aufgrund einer kaufmännisch-wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei aber davon auszugehen, dass der Marktwert dieser Gegenleistungen dem von der Klägerin dafür bezahlten Preis entspreche. Diese Annahme werde dadurch verstärkt, dass auch alle anderen Gesellschafter - unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme der angebotenen Leistungen - gleich hohe Preise gezahlt hätten. Der Einwand der Klägerin, für sie seien die Gegenleistungen der Beklagten wertlos gewesen, weil sie sie nicht bzw. nicht in nennenswertem Umfang in Anspruch genommen habe, sei angesichts der Höhe der gezahlten Entgelte lebensfremd, verfange aber auch aus Rechtsgründen nicht. Es sei ausreichend, dass die Beklagte ihr Leistungsangebot bereitgestellt habe.

43 Auch diese Erwägungen halten rechtlicher Überprüfung stand.

44 Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge nach den Grundsätzen der Saldotheorie zu erfolgen. Danach ist der Bereicherungsanspruch bei beiderseits ausgeführten gegenseitigen nichtigen Verträgen ein von vornherein in sich beschränkter einheitlicher Anspruch auf Ausgleich aller mit der Vermögensverschiebung zurechenbar zusammenhängender Vorgänge in Höhe des sich dabei ergebenden Saldos. Es ist deshalb durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile zu ermitteln, für welchen Beteiligten sich ein Überschuss ergibt. Leistung und Gegenleistung sind dabei in Fortgeltung des bei Vertragsschluss gewollten Austauschverhältnisses für die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung entsprechend § 818 Abs. 3 BGB grundsätzlich zu saldieren (BGH, Urteil vom 20. März 2001 - XI ZR 213/00, BGHZ 147, 152, 157 mwN).

- 45 Diese Grundsätze gelten auch hier. Zwar mag das Rechtsverhältnis eines GmbH-Gesellschafters zur Gesellschaft regelmäßig nicht als gegenseitiger, auf einen Leistungsaustausch gerichteter Vertrag einzustufen sein (H. Schmidt in BeckOK, BGB, § 320, Stand: 1. November 2014 Rn. 4; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., Einf. v. § 320 Rn. 5 f.; ebenso zur Personengesellschaft BGH, Urteil vom 29. Januar 1951 - IV ZR 171/50, NJW 1951, 308; C. Schäfer in GroßKomm.HGB, 5. Aufl., § 105 Rn. 147). Im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses können aber durchaus Leistungsbeziehungen bestehen, die von dem Grundsatz "do ut des" geprägt, mithin wie Austauschverträge anzusehen sind.
- 46 Eine solche Leistungsbeziehung ist hier darin zu sehen, dass die Beklagte bestimmte mit ihrer Funktion als Einkaufskooperation zusammenhängende Leistungen dem jeweiligen Gesellschafter zur Verfügung stellt und dafür ein Entgelt in Form der "Gemeinschaftskosten" erhält. Diese Leistungen und Gegenleistungen stehen zueinander in einer synallagmatischen Verbindung und unterliegen bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung der Saldierung.
- 47 Der Einwand der Anschlussrevision, es bestehe weder die Vermutung, dass Kaufleute immer den marktgerechten Preis vereinbarten, noch gebe es im Rahmen von Bereicherungsansprüchen eine allgemeine Rentabilitätsvermutung (s. BGH, Urteil vom 13. Juni 2006 - X ZR 167/04, NJW-RR 2006, 1309 Rn. 24), lässt einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht erkennen. Dieses hat vielmehr von seiner Schätzungsmöglichkeit nach § 287 ZPO Gebrauch gemacht. Danach kann das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung die Höhe eines streitigen vermögensrechtlichen Anspruchs bestimmen. Diese Schätzung, die der Tatrichter nach freiem Ermessen vorzunehmen hat, unterliegt nur einer beschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Es kann nur überprüft werden, ob der Tatrichter bei der Ausübung seines Ermessens alle wesentlichen Gesichtspunkte, Erfahrungssätze und Denkgesetze beachtet, Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung zutreffend

erkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren nicht außer Acht gelassen und seiner Schätzung richtige Maßstäbe zugrunde gelegt hat (BGH, Urteil vom 18. Februar 1993 - III ZR 23/92, NJW-RR 1993, 795, 796 mwN). Diese Prüfung lässt einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht erkennen. Das Berufungsgericht hat nur unter anderem auf die kaufmännisch-wirtschaftliche Betrachtungsweise abgestellt. Es hat daneben noch weitere Umstände berücksichtigt, wie etwa das gleichartige Verhalten der übrigen Gesellschafter und das Fehlen jeglicher Anhaltspunkte dafür, dass die Leistungen der Gesellschafter einseitig zu Ungunsten der Beklagten festgelegt worden seien, die es als Indizien dafür gewertet hat, dass das von der Klägerin gezahlte Entgelt dem Marktwert der für sie bereit gestellten Leistungen entsprochen hat.

48 Die Anschlussrevision macht auch ohne Erfolg geltend, die Klägerin habe die von der Beklagten angebotenen Leistungen nicht bzw. nicht in nennenswertem Umfang in Anspruch genommen. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf abgestellt, dass schon das Bereitstellen der Leistungen vergütungspflichtig war. Das ergibt sich aus der weiteren Feststellung des Berufungsgerichts, auch die übrigen Gesellschafter hätten das Entgelt unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme der Leistungen der Beklagten gezahlt. Mit ihrem Vortrag, nur tatsächliche Nutzungen könnten herausverlangt werden, setzt die Anschlussrevision ihr Verständnis von den Bedingungen des Leistungsaustauschs an die Stelle desjenigen des Berufungsgerichts, ohne aber insoweit einen Rechtsfehler aufzuzeigen.

49 3. Schließlich begegnet auch die Annahme des Berufungsgerichts, die von der Klägerin auf die gesondert vereinbarte Ausgleichszahlung in Höhe von 50.000 € entrichtete Umsatzsteuer in Höhe von 9.500 € sei nicht auszugleichen, weil sie angesichts der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs nur ein durchlaufender Posten sei, im Ergebnis keinen rechtlichen Bedenken. Denn jedenfalls hat die

Beklagte die bei ihr verbliebene Umsatzsteuer an das Finanzamt abgeführt.
Damit gilt das oben zu III. 1 Gesagte.

50 IV. Das Berufungsurteil ist hiernach aufzuheben, soweit das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten erkannt hat. Die Sache ist insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das festzustellen haben wird, ob die Klägerin wirksam bei den Geschäftsführern der Beklagten als Erwerberin des Geschäftsanteils angemeldet worden ist. Gegebenenfalls ist noch über den Hilfsantrag der Klägerin zu entscheiden.

Meier-Beck

Raum

Strohn

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 20.08.2010 - 3-12 O 104/09 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 23.04.2013 - 11 U 48/10 (Kart) -