Oberlandesgericht Düsseldorf, I-16 U 19/10

Datum:	07.12.2011
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	16. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-16 U 19/10
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2011:1207.I16U19.10.00

Vorinstanz:	Landgericht Wuppertal, 12 O 58/08
Leitsätze:	

Az.: I-16 U 19/10

§§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1, 43 Abs. 2, 64 GmbHG, 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

1. Auch bei einer bilanziellen Unterkapitalisierung der Gesellschaft sind Geschäfte mit Gesellschaftern nicht per se verboten, wenn sie durch betriebliche Gründe gerechtfertigt sind, also in gleicher Weise auch und zu entsprechenden Konditionen mit einem Dritten abgeschlossen worden wären.

2. Die Vergütung der Tätigkeit eines Gesellschafter-Geschäftsführers muss angemessen sein, d.h. sie darf in keinem Missverhältnis zu der vergüteten Leistung und damit zu dem Entgelt stehen, das ein Fremdgeschäftsführer für die gleiche Tätigkeit erhalten hätte.

3. Den Gesellschaftern, die selbst am besten beurteilen können, was es ihnen und ihrem Unternehmen wert ist, einen bestimmten Geschäftsführer zu gewinnen, verbleibt ein der Überprüfung durch das Gericht entzogener Ermessensspielraum.

4. Aufgrund seiner Treuepflicht zur Gesellschaft kann der Gesellschafter-Geschäftsführer gehalten sein, selbst auf eine Herabsetzung seiner Bezüge hinzuwirken; dies aber allenfalls in

eng zu fassenden Ausnahmefällen, wenn sich die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse zur wirtschaftlichen Krise der Gesellschaft ausgeweitet hat.

5. Die Haftung des Geschäftsführers nach § 64 GmbHG setzt einen wirtschaftlichen Zusammenbruch der Gesellschaft voraus, der bei zwischenzeitlicher wirtschaftlicher Erholung der Gesellschaft von verlustreichen Jahren nicht angenommen werden kann.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 10.12.2009 – 12 O 58/08 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe 1

I. 2

Die Klägerin verlangt von dem Erben der am 25.09.2009 verstorbenen ursprünglichen Beklagten (nachfolgend weiterhin als Beklagte bezeichnet) die Rückerstattung von für die Jahre 2003 bis 2007 an sie als Geschäftsführerin gezahlter Gewinntantiemen. 3

Im Jahr 1997 gründeten die B… GmbH und die Beklagte die Klägerin. Die Gründerinnen hatten zuvor jede für sich einen Pflegedienst betrieben. Unstreitig ist, dass der Pflegedienst der Beklagten zum Zeitpunkt der Gründung der Klägerin florierte, wohingegen sich derjenige der B… GmbH in existentiellen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand. Durch Gründung der Klägerin wurden die Aktivitäten der beiden Pflegedienste zusammengelegt und u.a. die Durchführung ambulanter häuslicher Pflege zum Gegenstand des gemeinsamen Unternehmens gemacht. Das Stammkapital betrug 50.000,-- DM und wurde von den Gesellschafterinnen je zur Hälfte übernommen. 4

5

Am 30.12.1997 schlossen die Klägerin und die Beklagte einen Geschäftsführeranstellungsvertrag, gemäß dem die Beklagte mit Wirkung ab dem 01.01.1998 die alleinige, nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführerin wurde. Der Aufgabenbereich der Beklagten umfasste die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der Klägerin sowie die gesamte kaufmännische, technische und organisatorische Leitung des Unternehmens. Nach § 5 Abs. 1 des Geschäftsführeranstellungsvertrags sollte die Beklagte für ihre Tätigkeit neben einem monatlichen Gehalt von 15.000,-- DM *"eine Gewinntantieme in Höhe von 75 v.H. der in Absatz 2 genannten Bemessungsgrundlage, mindestens jedoch DM 60.000,--, wenn das Jahresergebnis dies zuläßt"*, erhalten. In Bezug auf die Gewinntantieme enthält § 5 Geschäftsführeranstellungsvertrag sodann die folgenden streiterheblichen Regelungen:

> *"(2) Für die Berechnung der Tantieme ist der Jahresüberschuß, der sich vor Abzug der Tantieme für die Geschäftsführerin, der als Aufwand verbuchten Körperschaftssteuer sowie nach Verrechnung mit Verlustvorträgen ergibt, zugrunde zu legen. Gewinnabhängige Rückstellungen und Verbindlichkeiten (...) sowie steuerliche Sonderabschreibungen mindern die Bemessungsgrundlage nicht. (...) Die Gewinntantieme ist mit Feststellung des Jahresüberschusses fällig. Dies gilt auch, wenn ein wirksamer Feststellungsbeschluss nicht zustande kommt. Die Geschäftsführerin erhält auf die Gewinntantieme einen Abschlag in Höhe von 25 v.H. zum Ende eines jeden Quartals. Die Schlussrechnung erfolgt zum Fälligkeitstermin.* 6
>
> *(...)* 7
>
> *(5) Die Regelungen für das Festgehalt (...) und die Gewinntantieme (...) gelten für die ersten drei Jahre der Vertragsdauer als fest vereinbart. Nach Ablauf dieses Zeitraumes werden die Parteien unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen über eine Anpassung der Vergütung verhandeln. Bei Verschlechterung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen kann auch eine Verminderung der Bezüge vereinbart werden."* 8

Wegen des weiteren Inhalts des Geschäftsführeranstellungsvertrags wird auf dessen zur Gerichtsakte gereichte Ablichtung Bezug genommen (Anlagen LR 3/B 1, Bl. 25 ff., 77 f. Anlagenband). 9

Gemäß den vorgelegten Lohnabrechnungen (Anlagenkonvolut zum Schriftsatz der Beklagten vom 13.07.2009, Bl. 107 ff. Anlagenband), deren Inhalt zwischen den Parteien unstreitig ist, zahlte sich die Beklagte im Jahr 2003 insgesamt 30.677,52 Euro, im Jahr 2004 insgesamt 15.338,76 Euro, im Jahr 2005 insgesamt 30.677,52 Euro, im Jahr 2006 nichts und im Jahr 2007 insgesamt 30.677,-- Euro auf die Gewinntantieme aus. In den genannten Jahren wurden für die Klägerin Jahresabschlüsse erstellt, auf deren Inhalt Bezug genommen wird (vgl. Anlagen LR 5 bis LR 9, Bl. 33 ff. Anlagenband). Beschlussfassungen über deren Feststellung und die jeweilige Ergebnisverwendung erfolgten nicht. 10

Zwischen der Mitgesellschafterin B… GmbH einerseits und der Beklagten andererseits entstand Streit über die Berechtigung der vorgenommenen Zahlungen, auch soweit dies die Vorjahre betraf. Bereits mit anwaltlichem Schreiben vom 21.02.2007 ließ die B… GmbH namens der Gesellschaft einen Auskunfts- und Rückzahlungsanspruch in Bezug auf die in den Jahren 2000 bis 2005 ausgezahlten Tantiemen geltend machen. 11

Die Beklagte legte das Amt als Geschäftsführerin mit Wirkung ab dem 01.10.2008 nieder. Die Klägerin befindet sich seit dem 20.11.2008 in der Liquidation. 12

13

Die Klägerin hat gestützt auf §§ 30; 43; 64 GmbHG; 812 BGB; 823 Abs. 2 BGB i.V.m. 266 Abs. 1 StGB, Rückzahlungsansprüche gegen die Beklagte geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, die Tantiemeregelung im Geschäftsführeranstellungsvertrag sei sittenwidrig und führe zu einer verdeckten Gewinnausschüttung. Die Tantiemeregelung sei darüber hinaus mangels Anpassung der Vergütung gemäß § 5 Abs. 5 Satz 2 des Vertrages – dass eine solche nicht stattgefunden hat, ist unstreitig - ausgelaufen; hilfsweise sei die Tantiemeregelung im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung zu streichen. Die Beklagte habe ihre Vertretungsmacht missbraucht. Soweit die Beklagte mit ihr vermeintlich zustehenden weitergehenden Ansprüchen in Bezug auf die Gewinntantiemen der Jahre 1998 bis 2007 aufrechne, seien diese Ansprüche, ihre – nicht vorhandene – Schlüssigkeit unterstellt, jedenfalls überwiegend verjährt.

Die Klägerin hat, nachdem sie ihre ursprünglich weitergehende Klage zurückgenommen hat, beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 107.371,32 Euro nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 14

Die Beklagte ist der Rechtsauffassung der Klägerin entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, ihr habe in einigen Jahren eine höhere Tantieme als ausgezahlt zugestanden. Die Überschüsse habe sie nicht an sich auszahlen lassen, sondern gegen Rückforderungsansprüche der Klägerin aus schlechteren Wirtschaftsjahren aufgerechnet bzw. diese stehen lassen. Vorsorglich hat sie die Aufrechnung in der Klageerwiderung erneut erklärt. Wegen der Abrechnung der Beklagten im Einzelnen wird auf die Seiten 11 bis 19 der Klageerwiderung vom 17.11.2008 (Bl. 49 ff. d.A.) und die dortigen tabellarischen Aufstellungen Bezug genommen. 15

Das Landgericht hat die Klage durch Urteil vom 10.12.2009 abgewiesen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, dass ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte aufgrund zu Unrecht ausgezahlter Tantiemen in den Jahren 2003 bis 2007 nicht bestehe. § 5 des Geschäftsführeranstellungsvertrags sei wirksam. Die dort getroffenen Regelungen seien nicht gemäß § 138 BGB nichtig, da jedenfalls nicht ersichtlich sei, dass die Beklagte die wirtschaftliche Unerfahrenheit ihrer Vertragspartnerin ausgenutzt habe. Selbst wenn die Regelungen entsprechend der Ansicht der Klägerin zu einer verdeckten Gewinnausschüttung geführt hätten, würde sich daraus keine Nichtigkeit ergeben. Die Tantiemeregelung sei nach den ersten drei Jahren nicht ersatzlos entfallen, sondern habe mangels Verhandlungen über die Vergütungsanpassung weiter gegolten. Die Berechnung für die Wirtschaftsjahre 2003 bis 2007 ergebe, dass der gesamte Tantiemeanspruch der Beklagten die von der Klägerin im Rahmen der Abschlagszahlungen erbrachten und nunmehr zurückgeforderten Tantiemen übersteige. Da die Beklagte mit der Zahlung der Tantieme an sich bei der jetzt gebotenen Gesamtbetrachtung eine vertraglich bestehende Verbindlichkeit der Klägerin erfüllt habe, habe kein unzulässiges Insichgeschäft nach § 181 BGB vorgelegen. 16

Gegen das ihr am 23.12.2009 zugestellte Urteil hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 20.01.2010, beim Oberlandesgericht eingegangen am 21.01.2010, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 22.02.2010, beim Oberlandesgericht eingegangen am selben Tag, begründet. 17

Die Klägerin erstrebt unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens die vollständige Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass eine Anspruchsgrundlage für etwaige Vorauszahlungen nicht existiert habe. Fällige Tantiemeansprüche hätten auch deshalb dem Grunde nach nicht bestanden, weil die Jahresabschlüsse nicht festgestellt worden seien. Soweit das Landgericht bei seiner Berechnung Jahresfehlbeträge um die rechtsgrundlos vereinnahmten Vorauszahlungen 18

erhöht habe, sei es von der falschen Voraussetzung ausgegangen, dass durch die Nichtvornahme der Vorauszahlungen das Jahresergebnis genau in dieser Höhe höher ausgefallen wäre. Eine Addition komme überhaupt nur in Frage, wenn die Vorauszahlungen zuvor in der Gewinn- und Verlustrechnung ihren Niederschlag gefunden hätten. Für die Berechnung der Tantieme sei nur der Jahresüberschuss relevant, der sich unter Berücksichtigung der Verlustvorträge ergebe. Bei konsequenter Handhabung der von ihm angewandten Berechnungsmethode, wonach ein Erstattungsanspruch gegen die Beklagte "gewinnerhöhend" berücksichtigt worden sei, hätte das Landgericht im Übrigen einen über die Vorauszahlungen hinausgehenden Tantiemeanspruch im folgenden Wirtschaftsjahr "gewinnmindernd" berücksichtigend müssen. Soweit ihr Jahresabschluss einen durch Eigenkapital nicht gedeckten Fehlbetrag aufgewiesen habe, habe das Ergebnis eine Tantiemezahlung ohnehin nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag zugelassen.

Die Klägerin beantragt, 19

> unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung die Beklagte zu verurteilen, an sie 20
> 107.371,32 Euro zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 30.677,52 Euro seit dem 31.12.2003, aus weiteren 15.338,76 Euro seit dem 31.12.2004, aus weiteren 30.677,52 Euro seit dem 31.12.2005 und aus weiteren 30.677,52 Euro seit dem 31.12.2007 zu zahlen;

Die Beklagte beantragt, 21

> die Berufung zurückzuweisen. 22

Die Beklagte vertritt die Ansicht, Rechtsgrund für die in den Jahren 2003 bis 2007 vorgenommenen Zahlungen sei § 5 des Geschäftsführeranstellungsvertrags gewesen. Da es nicht zu einer Anpassung der Vergütung gekommen sei, habe die ursprüngliche Regelung fortgegolten. Die Regelung sei auch nicht nach § 138 BGB unwirksam, da es bereits an einem krassen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung fehle. Die von ihr vorgenommene Berechnung sei zutreffend. Die Tantiemevorauszahlungen im laufenden Geschäftsjahr seien im jeweiligen Jahresabschluss gewinnmindernd berücksichtigt worden; sie seien als Aufwand in der Gewinn- und Verlustrechnung auf dem Konto Personalaufwand/Löhne und Gehälter ordnungsgemäß verbucht worden. Rückzahlungsansprüche der Klägerin gegen sie hätten – wie nicht geschehen – in den Bilanzen aktiviert werden müssen; hierdurch komme es zu einer zu berücksichtigenden Reduzierung des Verlustvortrags. Ein über die Vorauszahlungen hinausgehender Tantiemeanspruch sei nicht im folgenden Wirtschaftsjahr "gewinnmindernd" zu berücksichtigen. Vielmehr sei im Jahresabschluss des betroffenen Wirtschaftsjahres eine ergebniswirksame Rückstellung zu bilden. 23

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf die in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil verwiesen. 24

II. 25

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Denn die Klägerin hat unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 107.371,32 Euro. 26

27

Der Klägerin steht der Anspruch nicht aus § 31 Abs. 1 GmbHG zu. Denn an die Beklagte sind keine den Vorschriften des § 30 GmbHG zuwider laufenden Zahlungen geleistet worden.

Nach § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Derart verbotene Rückzahlungen müssen der Gesellschaft nach § 31 Abs. 1 GmbHG erstattet werden und zwar ist - sofern die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen - der Anspruch für den jeweiligen Zeitraum in voller Höhe der verbotenen Auszahlung gegeben (BGH, Urteil v. 29.3.1973, II ZR 25/70, BGHZ 60, 331 = NJW 1973, 1036; Hommelhoff in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 31 Rdnr. 9). 28

Zwar hat die Beklagte in den Jahren 2003 bis 2007 unstreitig Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen in einer Gesamthöhe von 107.370,80 Euro erhalten (die geringfügige Differenz zur Klageforderung von 0,52 Euro beruht darauf, dass die Lohnabrechnung für Dezember 2007 Tantiemezahlungen von lediglich 30.677,00 Euro anstelle von seitens der Klägerin angenommener 30.677,52 Euro ausweist). Zumindest die Zahlungen in den Jahren 2003 und 2004 betreffen auch Zeiträume, in denen die Klägerin nach den entsprechenden Bilanzen (vgl. Anlagen LR 5 und LR 6, Bl. 33 ff. Anlagenband) unterkapitalisiert war, weil sie einen nicht durch das gezeichnete Kapital gedeckten Fehlbetrag zu verzeichnen hatte. Ein Erstattungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte besteht aber dennoch nicht, weil die Zahlungen nicht auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses erfolgt sind, sondern ihre Grundlage in dem geschlossenen Geschäftsführeranstellungsvertrag vom 30.12.1997 hatten. 29

Dass die Leistung ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis haben muss, ist ungeschriebene Voraussetzung für die Annahme einer nach § 30 GmbHG unzulässigen Leistung. Leistungen an einen Gesellschafter im Rahmen einer Drittbeziehung, bei der der Gesellschafter der Gesellschaft wie ein unabhängiger Dritter gegenübersteht, fallen nicht hierunter. Auch bei einer bilanziellen Unterkapitalisierung sind Geschäfte mit Gesellschaftern nicht per se verboten, wenn sie durch betriebliche Gründe gerechtfertigt sind, also in gleicher Weise auch und zu entsprechenden Konditionen mit einem Dritten abgeschlossen worden wären. Maßgeblich ist, ob das Geschäft im Interesse des Unternehmens liegt und insbesondere nach Ob und Wie, also unter Marktbedingungen, auch mit einem fremden Dritten abgeschlossen worden wäre (Hueck/Fastrich in: Baumback/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 30 Rdnr. 29 m.w.Nw.). Verboten ist eine Auszahlung an den Gesellschafter nicht, wenn sie durch eine gleichwertige Gegenleistung gedeckt ist, § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG. Ob die zugrunde liegende vertragliche Vereinbarung wirksam ist, ist für den Anspruch auf Wiederauffüllung des Stammkapitals grundsätzlich ohne Belang (BGH, Urteil v. 15.6.1992, II ZR 88/91, NJW 1992, 2894). 30

Die genannten Grundsätze sind auf die Vergütung der Tätigkeit eines Gesellschaftergeschäftsführers anzuwenden. Die Vergütung muss angemessen sein, d.h. sie darf in keinem Missverhältnis zu der vergüteten Leistung und damit zu dem Entgelt stehen, das ein Fremdgeschäftsführer für die gleiche Tätigkeit erhalten würde. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für eine angemessene Festsetzung der Bezüge von Bedeutung zu sein pflegen. Dazu gehören außer der Art und dem Umfang der Tätigkeit insbesondere Art, Größe und Leistungsfähigkeit des Betriebes sowie Alter, Ausbildung, Berufserfahrung und Fähigkeiten des Geschäftsführers. Allerdings können Leistungen, für die es keine taxmäßige Vergütung gibt, unterschiedlich bewertet werden. Den Gesellschaftern, die selbst am besten beurteilen können, was es ihnen und ihrem Unternehmen wert ist, einen bestimmten Geschäftsführer zu gewinnen, verbleibt deshalb ein der Überprüfung durch das Gericht entzogener Ermessensspielraum. Die Unangemessenheit der Vergütung kann nicht 31

allein deshalb angenommen werden, weil eine andere Bemessung ebenso gut oder besser vertretbar wäre (BGH, a.a.O.; Urteil v. 14.5.1990, II ZR 126/89, BGHZ 111, 224 ff. = NJW 1990, 2625 ff.).

Die Bezüge der Beklagten waren in § 5 Geschäftsführeranstellungsvertrag geregelt. Gemäß § 5 Abs. 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag umfassen die Bezüge, die die Geschäftsführerin für ihre Tätigkeit erhält, drei Elemente: ein monatliches Gehalt von 15.000,-- DM, die Übernahme der Sozialversicherungsbeiträge durch die Gesellschaft und eine jährliche Gewinntantieme in Höhe von 75% der Bemessungsgrundlage, mindestens jedoch 60.000,-- DM, "wenn das Jahresergebnis dies zulässt". Hinzu kommen sonstige Leistungen nach § 6 Geschäftsführeranstellungsvertrag, nämlich Ansprüche auf Ersatz anfallender Spesen (Absatz 1) und Benutzung eines gesellschaftseigenen PKW (Absatz 2) sowie eine Betriebs- und Privatunfallversicherung auf Kosten der Gesellschaft (Absatz 3). Die von der Beklagten zu erbringende Gegenleistung ergab sich aus § 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag. Dieser beschreibt den Aufgabenbereich der Geschäftsführerin. Danach umfasst deren Tätigkeit die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung und die gesamte kaufmännische, technische und organisatorische Leitung des Unternehmens. 32

Die Vereinbarung variabler Bezüge neben dem vereinbarten Festgehalt ist für sich besehen üblich und hätte mit jedem Fremdgeschäftsführer ebenso vereinbart werden können. Die variablen Bezüge sind ein wichtiges Instrument der Vergütungspolitik: Durch die Verbindung von Unternehmenserfolg und Vergütung wird die unternehmerische Verantwortung des Geschäftsführers gestärkt und seine Identifikation mit dem Unternehmen gesteigert; zudem passt sie als Regulativ einen Teil der Gesamtbezüge an die Ertragssituation des Unternehmens an. So erhielten im Jahr 2002 ca. 80% der Geschäftsführer eine variable Vergütung (vgl. zum Vorstehenden: Tänzer, Die angemessene Geschäftsführervergütung, GmbHR 2003, 753, 755). Auch die Übernahme der Sozialbeiträge durch den Arbeitgeber ist arbeitsrechtliche Praxis. 33

Der Höhe nach können die Bezüge der Beklagten ebenfalls nicht als unangemessen erachtet werden. 34

Hinsichtlich des monatlichen Festgehalts sind seitens der Klägerin keine diesbezüglichen Anhaltspunkte vorgetragen: Sie hat weder eine geringere Taxe benannt, noch eine abweichende Übung eingewandt. Wichtige Determinanten der Vergütungshöhe sind in dieser Reihenfolge mit abnehmendem Gewicht die Unternehmensgröße, die Ertragslage des Unternehmens, der hierarchische Rang des Geschäftsführers innerhalb einer mehrköpfigen Geschäftsführung – was vorliegend keine Rolle spielt -, die Branche und die Ausbildung des Geschäftsführers (Tänzer, a.a.O., 754, 755). Keiner dieser Gesichtspunkt spricht für eine Unangemessenheit des vereinbarten Festgehalts. Die Verdienstspanne von Geschäftsführern einer kleinen GmbH, um die es sich bei der Klägerin handelt, lag im Jahr 2002 zwischen unter 40.000,-- Euro und über 260.000,-- Euro als selten anzutreffenden Extremen (Schaubild 1 bei Tänzer, a.a.O., 754). Das vereinbarte Festgehalt der Beklagten von 180.000,-- DM (12 Monate x 15.000,-- DM) / ca. 92.000,-- Euro lag noch in der unteren Hälfte dieser Spanne. Der Geschäftsführer eines ertragsschwachen Unternehmens verdiente im Jahr 2002 durchschnittlich 161.000,-- Euro, derjenige in einem überdurchschnittlich profitablen Unternehmen 264.000,-- Euro (Tänzer, a.a.O., 755). Die Ertragssituation der Klägerin gemäß den vorgelegten Bilanzen war wechselhaft zwischen verlustreichen Jahren z.B. in 2003 und 2004, ertragsschwächeren Jahren z.B. in 2002, 2006 und 2007 und einem ertragsstarken Jahr in 2005 (vgl. LR 4 bis LR 9, Bl. 28 ff. Anlagenband). Das Festgehalt der Beklagten war 35

im Hinblick auf die verlustreichen bzw. ertragsschwachen und erst recht im Hinblick auf das ertragsstarke Jahr 2005 unterdurchschnittlich bzw. sogar weit unterdurchschnittlich. Hinsichtlich Branche und Ausbildung sind im vorliegenden Fall keine Besonderheiten ersichtlich, die für eine Unangemessenheit des der Beklagten zugesagten Festgehalts sprechen würden.

Die Übernahme der Sozialversicherungsbeiträge durch die Klägerin war bereits deshalb nicht unangemessen, weil sich die Verpflichtung der Klägerin auf die Pflichtversicherungsbeiträge beschränkte, und die Beklagte darüber hinausgehende Beiträge aus einer freiwilligen Versicherung selbst zu tragen hatte. 36

Die vereinbarte Gewinntantieme von 75% der Bemessungsgrundlage, d.h. des nach § 5 Abs. 2 S. 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag zu ermittelnden Jahresüberschusses, führt zwar zu einer im Verhältnis zur Mitgesellschafterin weit überwiegenden Beteiligung der Beklagten am Gewinn. Angesichts des umfassenden Aufgabenbereichs der Beklagten als Geschäftsführerin lag aber auch der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens zu einem weit überwiegenden Anteil in ihrem alleinigen Verantwortungsbereich und nicht in demjenigen ihrer Mitgesellschafterin. Unstreitig ist, dass die Beklagte bereits zuvor den von ihr allein betriebenen Pflegedienst erfolgreich geführt hatte, wohingegen der Pflegedienst der Mitgesellschafterin in derartige wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war, dass die Fortführung des Betriebs nicht sichergestellt war. Vor diesem Hintergrund kann davon ausgegangen werden, dass auf Seiten der Klägerin und der Mitgesellschafterin ein großes Interesse bestand, die bereits zuvor erfolgreich tätige Beklagte durch entsprechende Vergütungszusagen als Geschäftsführerin zu gewinnen. Die Höhe des variablen Anteils an den Gesamtbezügen beträgt bei Geschäftsführern durchschnittlich 25% (Tänzer, a.a.O., 756). Dem entspricht grundsätzlich die von den Parteien getroffene Vereinbarung eines jährlichen Festgehalts von 180.000,-- DM im Verhältnis zu einer Mindesttantieme von 60.000,-- DM. Der Annahme einer Unangemessenheit der vereinbarten Gewinntantieme steht entscheidend entgegen, dass der vereinbarte Mindestbetrag von 60.000,-- DM nach der vertraglichen Regelung nicht per se zu zahlen ist, sondern durch Vorliegen eines entsprechenden Jahresergebnisses gedeckelt wird. 37

Die sonstigen Leistungen, die die Klägerin der Beklagten gemäß § 6 Geschäftsführeranstellungsvertrag zugesagt hat, sind ebenfalls nicht unangemessen. Ein Spesenersatz ist üblich. Im konkreten Fall ist sein vertraglich zugesagter Umfang bereits deshalb nicht unangemessen, weil die Parteien für den Fall einer Überschreitung des nach den steuerlichen Vorschriften zulässigen Pauschalbetrages einen detaillierten Beleg der Spesen vereinbart haben. Ein Dienstwagen, der uneingeschränkt auch privat genutzt werden kann, gehört zur Normalausstattung eines Geschäftsführers durch die Gesellschaft; auch die Zusage einer Unfallversicherung für dienstliche und private Risiken ergänzt das für angemessen gehaltene Programm der Zusatzleistungen für Geschäftsführer (Tänzer, a.a.O., 757). Festzuhalten ist abschließend, dass die Parteien vorliegend die wertvollste und zugleich teuerste Zusatzleistung, eine betriebliche Altersversorgung, in deren Genuss 2002 80% aller Geschäftsführer standen (Tänzer, a.a.O.), von den Parteien nicht vereinbart wurde. Bereits dieser Gesichtspunkt lässt die der Beklagten im Übrigen zugesagten Leistungen nicht als unangemessen erscheinen. 38

Der geltend gemachte Anspruch steht der Klägerin gegen die Beklagte desweiteren nicht aus § 43 Abs. 2 GmbHG zu. Denn die Beklagte hat durch die Auszahlung der nunmehr zurückgeforderten Beträge nicht ihre Obliegenheiten als Geschäftsführerin verletzt. 39

40

Die Obliegenheiten der Beklagten als Geschäftsführerin ergaben sich aus § 2 Geschäftsführeranstellungsvertrag. Im Einzelnen handelt es sich um Konkretisierungen der ebenfalls in § 2 Abs. 1 S. 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag festgeschriebenen Kardinalpflicht, dass der Geschäftsführer einer GmbH in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes walten zu lassen hat. Zu berücksichtigen ist, dass dem Geschäftsführer als Haftungsprivileg ein unternehmerisches Ermessen zusteht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil v. 14.7.2008, II ZR 202/07, DStR 2008, 1839; Urteil v. 4.11.2002, II ZR 224/00, NJW 2003, 358) ist Voraussetzung dieser Haftungsprivilegierung des Geschäftsführers einer GmbH im Rahmen des unternehmerischen Ermessens, dass sein unternehmerisches Handeln auf einer sorgfältigen Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruht. Danach hat der Geschäftsführer in der konkreten Entscheidungssituation alle verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen.

Eine Pflichtverletzung lässt sich bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze im vorliegenden Fall nicht feststellen: 41

a) 42

Die Haftung soll gemäß § 43 Abs. 3 S. 1 Alt. 1 GmbHG insbesondere dann eintreten, wenn den Bestimmungen des § 30 GmbHG zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht werden. Es ist nicht ersichtlich, dass solche Zahlungen durch die Beklagte veranlasst wurden. Die Tantiemezahlungen an die Beklagte stellten, wie bereits ausgeführt (s.o. unter 1.), keine unzulässigen Zahlungen im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG dar. 43

b) 44

Der Beklagten kann auch nicht vorgeworfen werden, dass sie es nach Ablauf der dreijährigen Festschreibungsfrist des § 5 Abs. 5 S. 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag unterlassen hat, eine neue Regelung für das Festgehalt und die Gewinntantieme herbeizuführen. Denn für sie als Geschäftsführerin bestand keine Notwendigkeit, hinsichtlich dieser Vergütungsbestandteile Klarheit zu schaffen, weil die ursprünglichen Regelungen für das Festgehalt und die Gewinntantieme über die dreijährige Frist hinaus fortbestanden. 45

Entgegen der offensichtlich von der Klägerin vertretenen Auffassung liegt keine Zeitbestimmung vor, die die Auflösung der hinsichtlich der Gewinntantieme getroffenen Vereinbarung zur Folge hätte, §§ 163 Alt. 2, 158 Abs. 2 BGB. In diesem Sinne kann die in Rede stehende Vertragsbestimmung nicht ausgelegt werden. Die Auslegung orientiert sich am Wortlaut der Bestimmung an sich sowie ihres Kontextes und den außerhalb des Wortlauts liegenden Umständen, insbesondere dem Vertragszweck und der Interessenlage der Beteiligten. Nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 5 S. 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag besteht kein Endtermin für die Vergütungsvereinbarung, vielmehr besagt dieser lediglich, dass in den ersten drei Jahren der Vertragslaufzeit diesbezüglich eine feste Vereinbarung besteht. Die Zusammenschau mit § 5 Abs. 5 S. 2 Geschäftsführeranstellungsvertrag, wonach nach Ablauf des genannten Zeitraumes Verhandlungen über eine Anpassung der Vergütung aufgenommen werden, ergibt, dass "fest vereinbart" im Sinne von "nicht verhandelbar" zu verstehen ist. Die Formulierung, dass sich die Verhandlungen auf eine "Anpassung der Vergütung" beziehen sollen, setzt gedanklich voraus, dass der Vergütungsanspruch an sich dem Grunde nach fortbesteht. Auch der Vertragszweck und die Interessenlage der Beteiligten 46

widersprechen der Annahme einer Befristung. Zweck des Vertrages war es, die wechselseitigen Rechte und Pflichten in Bezug auf die Geschäftsführertätigkeit der Beklagten zu regeln. Darauf, ihre Tätigkeit nach Ablauf von drei Jahren zunächst – bis zum Erreichen eines Ergebnisses der beabsichtigten Verhandlungen – unentgeltlich fortzusetzen, musste sich die Beklagte nicht einlassen; dies konnte seitens der Klägerin auch nicht erwartet werden. Wie sich insbesondere aus § 5 Abs. 5 S. 3 Geschäftsführeranstellungsvertrag ergibt, war Sinn und Zweck der beabsichtigten Verhandlungen lediglich, die Höhe der Vergütung der wirtschaftlichen Situation der Klägerin anzupassen.

Für eine ergänzende Vertragsauslegung dahingehend, dass die Vergütungsvereinbarung für den Fall der Nichtaufnahme der Verhandlungen – wie vorliegend unstreitig der Fall – entfallen soll, ist kein Raum. Wie dargestellt, entspricht der Fortbestand der Vergütungsregelung nach Ablauf der ersten drei Jahre der Vertragslaufzeit der Interessenlage der vertragsschließenden Parteien. Dies gilt unabhängig von den beabsichtigten Verhandlungen über die Vergütungsanpassung, da diese allenfalls Auswirkungen auf die Höhe der Vergütung haben könnten. Eine Auslegung über den erkennbaren Parteiwillen hinaus ist nicht möglich. Die ergänzende Vertragsauslegung findet hier ihre Grenze. 47

c) 48

Ein Pflichtverstoß kann weiterhin nicht darin gesehen werden, dass die Beklagte nicht von sich aus im Hinblick auf die Geschäftslage der Gesellschaft eine Reduzierung der Vergütung herbeigeführt hat. 49

Allerdings kann der Geschäftsführer einer GmbH auf Grund seiner Treuepflicht zur Gesellschaft verpflichtet sein, einer Herabsetzung seiner Bezüge durch Änderungsvertrag zuzustimmen. In einer Situation, in der die Fortführung der Gesellschaft in Frage steht, d.h. wenn der Gesellschaft durch die Vergütungszahlungen Mittel entzogen werden, die sie zum Überleben braucht, kann ein Anspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer auf Zustimmung zu einer Herabsetzung der Vergütung bestehen (BGH, Urteil v. 15.06.1992, II ZR 88/91, NJW 1992, 2894, 2896; OLG Düsseldorf, Urteil v. 05.03.2004, 17 U 164/03, abgedruckt unter BeckRS 2005, 04142; Zöller/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 187 m.w.Nw.). 50

Ob der Gesellschafter-Geschäftsführer darüber hinaus von sich aus wegen einer Reduzierung eine Gesellschafterversammlung einberufen und einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss herbeiführen muss – dies wäre der im vorliegenden Fall zu beschreitende Weg gewesen-, kann dahinstehen. Denn eine Herabsetzung kann nur in eng zu fassenden Ausnahmefällen gerechtfertigt sein, wenn sich die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse zur wirtschaftlichen Krise ausgeweitet hat. Eine wirtschaftliche Krise lässt sich vorliegend dem Sachvortrag und den überreichten Unterlagen nicht entnehmen. Zwar wiesen die Abschlüsse der Jahre 2003 und 2004 einen Verlust aus (vgl. Anlagen LR 5 und LR 6, Bl. 33 ff. Anlagenband). Die Jahresabschlüsse 2005, 2006 und 2007 endeten aber wieder mit einem Überschuss, das Jahr 2005 sogar mit einem sehr deutlichen (vgl. Anlagen LR 7 bis LR 9, Bl. 43 ff. d.A.). Angesichts dieses Verlaufs ist eine wirtschaftliche Krise der Klägerin im maßgeblichen Zeitraum nicht erkennbar. Insbesondere ergibt sich eine solche, wie die Situation hier zeigt, wegen der üblichen wirtschaftlichen Schwankungen nicht aus einzelnen negativen Jahresabschlüssen. 51

d) 52

53

Schließlich kann es dahinstehen, ob die Beklagte dadurch ihre Obliegenheiten verletzt hat, dass sie entgegen § 2 Abs. 4 Geschäftsführeranstellungsvertrags keine Gesellschafterversammlung zwecks Beschlussfassung über die Feststellung des Jahresabschlusses und der Ergebnisverwendung einberufen, entgegen § 5 Abs. 2 Geschäftsführeranstellungsvertrag zum Fälligkeitstermin des Gewinntantiemeanspruchs keine förmliche Schlussrechnung erstellt und entgegen § 5 Abs. 5 Geschäftsführeranstellungsvertrag nach Ablauf der dreijährigen Festschreibungsfrist nicht über eine Anpassung der Geschäftsführervergütung verhandelt hat. Denn es ist nicht ersichtlich, dass durch etwaige diesbezügliche Versäumnisse ein Schaden in der geltend gemachten Höhe entstanden ist. Eine Beschlussfassung über die Feststellung des Jahresabschlusses war nach § 5 Abs. 2 Geschäftsführeranstellungsvertrag keine Voraussetzung für die Fälligkeit des Gewinntantiemeanspruchs. Die vorgenommenen Auszahlungen, bei denen es sich um Abschlagszahlungen auf die Gewinntantieme handelte, waren von einer förmlichen Abrechnung nicht abhängig, sondern richteten sich nach dem vereinbarten Mindestbetrag. Die Abrechnung durch die Beklagte ist jedenfalls nunmehr mit Klageerwiderung erfolgt und weist keinen der Klägerin zustehenden Rückzahlungsanspruch auf (vgl. S. 11 ff., Bl. 49 ff. d.A.). Welches Ergebnis Verhandlungen über eine Vergütungsanpassung gezeitigt hätten, ist offen.

Die Klägerin kann ihre Forderung auch nicht auf § 64 GmbHG stützen. Danach ist der Geschäftsführer der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden, § 64 S. 1 GmbHG. Die Ersatzpflicht trifft den Geschäftsführer grundsätzlich auch für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, § 64 S. 3 GmbHG. Wie vorstehend bereits ausgeführt (s.o. unter 2.c), ist für die streitgegenständlichen Jahre 2003 bis 2007 keine wirtschaftliche Krise der Gesellschaft ersichtlich. Ein wirtschaftlicher Zusammenbruch, wie ihn § 64 GmbHG voraussetzt, kann angesichts der wirtschaftlichen Erholung der Klägerin von den verlustreichen Jahren 2003 und 2004 in den Jahren 2005 bis 2007 erst recht nicht angenommen werden. 54

Die Klageforderung steht der Klägerin außerdem nicht aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, S. 2 Alt. 1 BGB zu. Denn die in den Jahren 2003 bis 2007 durch die Klägerin an die Beklagte geleisteten Zahlungen sind nicht ohne Rechtsgrund erfolgt. 55

Rechtsgrund für die Zahlungen der Klägerin an die Beklagte war § 5 Abs. 1, 2 Geschäftsführeranstellungsvertrag. Danach gehörte die Zahlung einer jährlichen Gewinntantieme zu den Bezügen, die die Beklagte für ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin der Klägerin erhalten sollte; hierauf standen ihr vierteljährliche Abschläge zu. Um diese Abschläge handelt es sich bei den in vereinbarten Abständen erfolgten und den vereinbarten jährlichen Mindestbetrag von 60.000,-- DM/30.677,51 Euro nicht übersteigenden Zahlungen der Klägerin an die Beklagte. 56

a) 57

Die Grundlage für die Zahlungen ist nicht nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil die Vergütungsregelung nicht gegen die guten Sitten verstößt. 58

Ein Rechtsgeschäft ist sittenwidrig, wenn es gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Nach § 138 Abs. 2 BGB ist dies insbesondere dann anzunehmen, wenn jemand sich oder einem Dritten unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in 59

einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen. Die Sittenwidrigkeit kann sich darüber hinaus allgemein aus dem Inhalt oder dem Gesamtcharakter des Geschäfts ergeben.

aa) 60

Vom Tatbestand des Wuchers im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB kann bereits deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Klägerin nicht schlüssig dargelegt hat, dass die Vergütungsvereinbarung im Geschäftsführeranstellungsvertrag unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche ihrer Person bzw. der Mitgesellschafterin durch die Beklagte zustande gekommen ist. Die Klägerin kann eine Zwangslage nicht damit begründen, dass ihre Mitgesellschafterin unter erheblichem wirtschaftlichen Druck gestanden habe, da ihr Pflegedienst "abgewirtschaftet" gewesen sei; die Beklagte, deren Pflegedienst demgegenüber "floriert" habe, habe ihre wirtschaftliche Überlegenheit ausgenutzt, um sich finanzielle Vorteile zu verschaffen (S. 11 f. der Replik, Bl. 69 f. d.A.). Die Klägerin ist vor Abschluss des Geschäftsführeranstellungsvertrags gegründet worden. Der Druck, dem sich die Mitgesellschafterin angesichts der wirtschaftlichen Situation ihres Unternehmens ausgesetzt gesehen haben mag, war damit genommen. Ein solcher bot deshalb keinen Anlass mehr für irgendwie geartete finanzielle Zugeständnisse an die Beklagte. Eine persönliche Schwäche der die Klägerin bei Abschluss des Geschäftsführeranstellungsvertrages vertretenden Person ist ebenfalls nicht dargetan. Die Klägerin ist bei Abschluss des Geschäftsführeranstellungsvertrags durch ihre Gesellschafterversammlung in Person des Herrn H… vertreten worden (s. Unterschriftszeile unter dem Vertrag, Bl. 78 Anlagenband). Unerfahrenheit, mangelndes Urteilsvermögen oder eine Willensschwäche seiner Person hat die Klägerin nicht vorgetragen. 61

bb) 62

Eine inhaltliche Sittenwidrigkeit der fraglichen Regelung, die bei einer Unvereinbarkeit der betroffenen Regelung mit grundlegenden Werten der Rechts- bzw. Sittenordnung anzunehmen ist, ist ebenfalls nicht erkennbar. Denn weder widerspricht die Vereinbarung einer Gegenleistung für eine Tätigkeit dem allgemeinen Rechtsempfinden, noch ist die Tätigkeit der Geschäftsführung eines mit häuslicher Pflege befassten Unternehmens sittlich zu beanstanden. Vielmehr wird es allgemein als üblich angesehen, die Tätigkeit eines Geschäftsführers in – wie hier (s.o. unter 1.) - angemessener Weise zu vergüten. 63

cc) 64

Schließlich besteht bei einer Betrachtung des Gesamtcharakters der Vergütungsvereinbarung auch kein derart auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, dass auch ohne Vorliegen des subjektiven Elements des § 138 Abs. 2 BGB die Sittenwidrigkeit anzunehmen ist. Denn vor dem Hintergrund, dass der Beklagten nach § 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag die alleinige Vertretung der Klägerin nach außen sowie die gesamte kaufmännische, technische und organisatorische Leitung des Unternehmens oblag, kann die ihr zustehende Gewinntantieme nicht als unangemessen angesehen werden (s. oben unter Ziffer 1.). 65

b) 66

Bei den Zahlungen handelte es sich auch nicht um verdeckte Gewinnausschüttungen, die aufgrund ihrer Unzulässigkeit nicht durch den Rechtsgrund abgedeckt wären. Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt vor, wenn die Gesellschaft einzelnen oder auch allen 67

Gesellschaftern außerhalb förmlicher Gewinnverteilung Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen ohne äquivalente Gegenleistung gewährt (Hueck/Fastrich, a.a.O., § 29 Rdnr. 68 m.w.Nw.). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, da die von der Beklagten ausgeübte Geschäftsführertätigkeit – wie bereits ausgeführt (s.o. unter 1.) - eine äquivalente Gegenleistung für die erbrachten Zahlungen darstellte.

c) 68

Die den Rechtsgrund für die Zahlungen bildende Vergütungsvereinbarung ist nicht mit Ablauf der dreijährigen Festschreibungsfrist des § 5 Abs. 5 S. 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag weggefallen. Denn es handelt sich, wie bereits ausgeführt (s.o. unter 2.b), nicht um eine Zeitbestimmung, die die Auflösung der hinsichtlich der hinsichtlich der Gewinntantieme getroffenen Vereinbarung zur Folge hätte, §§ 163 Alt. 2, 158 Abs. 2 BGB. Vielmehr galten mangels Anpassung die ursprünglichen Regelungen über das Festgehalt und die Gewinntantieme fort. 69

d) 70

Die Zahlungen der Klägerin an die Beklagte waren auch nicht mangels Fälligkeit rechtsgrundlos. Die Abschlagszahlungen, um die es sich bei den Auszahlungen handelte, waren in vierteljährlichen Abständen zu erbringen. Die Feststellung des Jahresüberschusses gemäß § 5 Abs. 2 Geschäftsführeranstellungsvertrag war für diese Zahlungen, die im Verlauf des Jahres zu erbringen waren, keine Fälligkeitsvoraussetzung. Im Übrigen wäre eine Rückforderung auch nach § 813 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. 71

Die Klageforderung steht der Klägerin gegen die Beklagte nicht aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 Abs. 1 StGB; § 826 BGB zu. Denn die Beklagte hat die ihr als Geschäftsführerin obliegende Vermögensbetreuungspflicht gegenüber der Klägerin nicht verletzt bzw. die Klägerin sittenwidrig vorsätzlich geschädigt. Soweit die Beklagte die Auszahlung der Abschläge auf die Gewinntantieme an sich veranlasst hat, handelte es sich nicht um ein unzulässiges Insichgeschäft im Sinne des § 181 BGB. Die Beklagte handelte nämlich ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit der Klägerin ihr gegenüber, da die Klägerin aufgrund der Vergütungsregelung im Geschäftsführeranstellungsvertrag zur Leistung verpflichtet war. 72

Schließlich steht der Klägerin gegen die Beklagte kein Rückzahlungsanspruch in der geltend gemachten Höhe aus § 5 Geschäftsführeranstellungsvertrag zu. 73

Allerdings ist § 5 Geschäftsführeranstellungsvertrag die (wirksame, s.o. unter 4.) Anspruchsgrundlage für etwaige Rückforderungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte hinsichtlich der auf die Gewinntantieme geleisteten Abschlagszahlungen. Zwar wird ein solcher Anspruch nicht ausdrücklich erwähnt. Der Anspruch folgt aber aus dem Regelungsgehalt der genannten Vorschrift (vgl. BGH, Urteil v. 24.1.2002, VII ZR 196/00, NJW 2002, 1567 für den Werkvertrag; gilt aber allgemein: vgl. BGH, Urteil v. 4.6.2009, III ZR 187/08). Die Auslegung der Vergütungsvereinbarung ergibt, dass ein Rückforderungsanspruch den die Gewinntantieme betreffenden Regelungen immanent ist. Nach § 5 Abs. 1 besteht ein Anspruch auf Zahlung einer jährlichen Gewinntantieme, welcher zu den Bezügen für die Geschäftsführertätigkeit gehört. Auf die Gewinntantieme sind nach § 5 Abs. 2 vierteljährliche Abschläge auszuzahlen und über diese zum Fälligkeitstermin schlussabzurechnen. Ergibt die Schlussrechnung, dass die geleisteten Abschläge den Tantiemeanspruch überstiegen haben, muss ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch bestehen, ohne dass es eines Rückgriffs auf das Bereicherungsrecht bedarf. Denn dies 74

entspricht dem im Erfordernis zur Schlussrechnung zum Ausdruck gekommenen Willen der vertragsschließenden Parteien.

Die Schlussrechnung ergibt zwar für einzelne der streitgegenständlichen Wirtschaftsjahre 2003 bis 2007 Rückzahlungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte. Diese sind jedoch durch Aufrechnung der Beklagten mit ihr zustehenden Ansprüchen auf Zahlung des Differenzbetrages zwischen den geleisteten Abschlagszahlungen und dem gemäß Schlussrechnung bestehenden höheren Tantiemeanspruch erloschen, § 389 BGB. 75

Nach § 5 Abs. 1 Punkt 3 Geschäftsführeranstellungsvertrag hat die Beklagte grundsätzlich einen jährlichen Gewinntantiemeanspruch in Höhe von 75% der in Absatz 2 genannten Bemessungsgrundlage. Bemessungsgrundlage ist der Jahresüberschuss, der sich vor Abzug der Tantieme für die Geschäftsführerin, der als Aufwand verbuchten Körperschaftssteuer sowie nach Verrechnung mit Verlustvorträgen ergibt. Grundlage für die Berechnung des Tantiemeanspruchs ist damit nicht das in der Bilanz für das betroffene Wirtschaftsjahr ausgewiesene Ergebnis, sondern wie sich dieses nach den vertraglich vereinbarten Vorgaben darstellt. Die gezahlten Abschläge sind entgegen der Auffassung der Klägerin hinzuzurechnen. Dies entspricht der vertraglichen Vereinbarung für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage, die allerdings voraussetzt, dass die ausgezahlten Abschläge als Aufwand in der Gewinn- und Verlustrechnung für das betreffende Wirtschaftsjahr erfasst sind. Nach dem Vorbringen der Beklagten im letzten Schriftsatz vom 14.05.2010 (Seite 6, Bl. 251 d.A.) ist die Verbuchung tatsächlich auf dem Konto "Personalaufwand/Löhne und Gehälter" erfolgt. Dem ist die Klägerin nicht entgegen getreten, so dass das Vorbringen der Beklagten als zugestanden gilt, § 138 Abs. 3 ZPO. Entgegen der Auffassung der Beklagten sind die zu verrechnenden Verlustvorträge nicht um etwaige Rückzahlungsansprüche aus den Vorjahren zu reduzieren. Dies ist vertraglich nicht vorgesehen. Außerdem würde die Bemessungsgrundlage um einen der Reduzierung entsprechenden Betrag überhöht. Die über das Jahr gezahlten Abschläge werden bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Tantiemeanspruch dadurch gleichsam neutralisiert, dass sie dem Jahresergebnis hinzugerechnet werden. Notwendige Folge ist, dass ein in Bezug auf geleistete Abschläge bestehender Rückzahlungsanspruch – unabhängig davon, ob er bilanziell zu aktivieren ist oder nicht – im Rahmen der vertraglich vereinbarten Bemessungsgrundlage nicht zu berücksichtigen ist. Dem entspricht, dass ein über die geleisteten Abschlagszahlungen hinausgehender Tantiemeanspruch im folgenden Wirtschaftsjahr nicht "gewinnmindernd" zu berücksichtigen ist. Dies ergibt sich bereits aus § 5 Abs. 2 S. 2 Geschäftsführeranstellungsvertrag. 76

Für die einzelnen Wirtschaftsjahre ergeben sich folgende Schlussrechnungen: 77

2003 78

Die Bilanz (Anlage LR 5, Bl. 33 ff. Anlagenband) weist einen Jahresfehlbetrag von 22.749,50 Euro aus. Unstreitig wurden an die Beklagte Abschläge in einer Gesamthöhe von 30.677,52 Euro ausgezahlt. Steuerrückstellungen sind nicht passiv bilanziert. Der Verlustvortrag beträgt 20.233,64 Euro. Unter Berücksichtigung der in § 5 Abs. 2 Satz 1 Geschäftsführeranstellungsvertrag genannten Punkte ergibt sich kein Jahresüberschuss, sondern ein Fehlbetrag von 12.305,62 Euro (= - 22.749,50 Euro + 30.677,52 Euro – 20.233,64 Euro). Die im Jahr 2003 geleisteten Abschlagszahlungen von 30.677,52 Euro sind vollständig zurück zu zahlen. 79

2004 80

81

Die Bilanz (Anlage LR 6, Bl. 38 ff. Anlagenband) weist einen Jahresfehlbetrag von 9.448,47 Euro aus. Die Beklagte erhielt Abschläge in einer Gesamthöhe von 15.338,76 Euro. Steuerrückstellungen sind nicht bilanziert. Der in die Bemessungsgrundlage einzustellende Verlustvortrag beträgt 42.983,14 Euro. Es ergibt sich ein Jahresfehlbetrag von 37.092,85 Euro (= - 9448,47 Euro + 15.338,76 Euro – 42.983,14 Euro). Die im Jahr 2004 geleisteten Abschlagszahlungen von 15.338,76 Euro sind vollständig zurück zu zahlen.

2005 82

Gemäß der Bilanz (Anlage LR 7, Bl. 43 ff. Anlagenband) besteht ein Jahresüberschuss von 75.915,74 Euro. Die Beklagte erhielt Abschläge in einer Gesamthöhe von 30.677,52 Euro. Es ist eine Steuerrückstellung in Höhe von 8.541,28 Euro aktiviert. Der Verlustvortrag beträgt 52.431,61 Euro. Es ergibt sich ein Jahresüberschuss von 62.702,93 Euro (= 75.915,74 Euro + 30.677,52 Euro + 8.541,28 Euro – 52.431,61 Euro). Der Beklagten stehen 75% hiervon zu, mithin 47.027,20 Euro. 30.677,52 Euro hat sie bereits erhalten. Folglich hat die Beklagte gegen die Klägerin noch einen restlichen Tantiemeanspruch von 16.349,68 Euro. 83

2006 84

Ausweislich der Bilanz (Anlage LR 8, Bl. 48 ff. Anlagenband) besteht ein Jahresüberschuss von 15.149,86 Euro. Abschlagszahlungen hat die Beklagte nicht erhalten. Es sind Steuerrückstellungen in Höhe von 13.978,75 Euro zu berücksichtigen. Es besteht kein Verlust-, sondern ein Gewinnvortrag. Bemessungsgrundlage ist ein Jahresüberschuss von 29.128,61 Euro (= 15.149,86 Euro + 13.978,75 Euro). Dieser steht der Beklagten vollständig zu, da der Mindestbetrag von 60.000,-- DM/30.677,51 Euro nicht erreicht wird. Die Beklagte hat gegen die Klägerin noch einen Tantiemeanspruch für das Jahr 2006 in Höhe von 29.128,61 Euro. 85

2007 86

Die Bilanz (Anlage LR 9, Bl. 53 ff. Anlagenband) weist einen Jahresüberschuss von 19.504,43 Euro aus. Die Beklagte hat Abschlagszahlungen von 30.677,-- Euro erhalten. Steuerrückstellungen und ein Verlustvortrag bestehen nicht. Der Jahresüberschuss beträgt 50.181,43 Euro (= 19.504,43 Euro + 30.677,-- Euro). Hiervon stehen der Beklagten 75% zu, d.h. 37.636,07 Euro. 30.677,-- Euro hat die Beklagte bereits erhalten. Ihr stehen noch weitere 6.959,07 Euro zu. Die Beklagte hat gegen die Klägerin noch einen Tantiemeanspruch für das Jahr 2007 in Höhe von 6.959,07 Euro. 87

Nach den vorstehenden Berechnungen hat die Klägerin gegen die Beklagte Rückzahlungsansprüche in einer Gesamthöhe von 46.016,28 Euro (= 30.677,52 Euro + 15.338,76 Euro). Die Beklagte ihrerseits hat gegen die Klägerin Ansprüche in einer Gesamthöhe von 52.437,30 Euro (= 16.349,62 Euro + 29.128,61 Euro + 6.959,07 Euro). Die Beklagte hat jedenfalls in der Klageerwiderung vom 17.11.2008 die Aufrechnung mit ihren restlichen Tantiemeansprüchen gegen die Rückzahlungsansprüche der Klägerin erklärt. Ob die Ansprüche der Beklagten verjährt sind, kann dahinstehen. Denn die Aufrechnung wird hierdurch nicht ausgeschlossen, weil die Ansprüche der Beklagten zu dem Zeitpunkt, als sie erstmals aufgerechnet werden konnten, nämlich mit Ende des jeweiligen Geschäftsjahres bzw. nach Durchführung der Schlussabrechnung, noch nicht verjährt waren, § 215 BGB. 88

Zinsansprüche bestehen mangels Hauptforderung, mit der die Beklagte hätte in Verzug geraten können, nicht. 89

90

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Entscheidung des Revisionsgerichts erforderlich. 91

Der **Streitwert** des Berufungsverfahrens wird auf 107.371,32 Euro festgesetzt. 92

D…	S…	W…

93

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE