

15
Nachschlagewerk: ja, aber nur zu S.6 3.Absatz
Amtliche Sammlung: nein

2105 033

GmbHG § 47

Ein Gesellschafter, der nur einen Geschäftsanteil
besitzt, kann nur einheitlich abstimmen.

BGH Urt. v. 17.September 1964-II ZR 136/62 OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

Verkündet

am 17. September 1964

Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns und Rechtsanwalts Dr. Alfred B. [REDACTED]
in F. [REDACTED] B. [REDACTED]straße [REDACTED],
Klägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Gesellschaft mit beschränkter Haftung R. [REDACTED]
Expresbreinigung und Wäscherei in F. [REDACTED],
diese vertreten durch ihre Geschäftsführer
a) Kaufmann Henryk K. [REDACTED], F. [REDACTED],
H. [REDACTED]straße [REDACTED],
b) Kaufmann Julius T. [REDACTED], F. [REDACTED],
O. [REDACTED],
c) Frau Helene T. [REDACTED], F. [REDACTED],
Beklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. September 1964 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrich-
ter Dr. Kuhn, Dr. Bukow, Dr. Schulze und Fleck

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 19. Juni 1962 verkündete
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Frankfurt/Main wird auf Kosten des Klägers zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 13. Mai 1958 gründeten der Kläger, Henryk K [REDACTED] und Julius T [REDACTED] die beklagte GmbH und übernahmen von dem Stammkapital von 21 000 DM je 7 000 DM. K [REDACTED] und T [REDACTED] traten (am 1.12.1959) je einen Teil ihres Geschäftsanteils, nämlich K [REDACTED] 2 300 DM und T [REDACTED] 2 400 DM an Frau Ta [REDACTED] ab.

A. Durch Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 25. Januar 1961 wurde der Kläger aus der Beklagten ausgeschlossen. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Bestimmungen über die Ausschließung eines Gesellschafters. Die Parteien sehen daher die Erhebung einer Ausschließungsklage gegen den Kläger als Inhalt des gefaßten Beschlusses an.

Der Kläger hält den Beschluß für anfechtbar und beantragt, ihn für nichtig zu erklären.

Die Beklagte verlangt mit der Widerklage, den Kläger aus der Gesellschaft auszuschließen.

Der Kläger vertritt unter einer Reihe von Gesichtspunkten den Standpunkt, Frau Ta [REDACTED] sei nicht Gesellschafterin geworden, sie habe darum nicht mitstimmen dürfen und deshalb fehle es an der von BGHZ 9, 157, 177 für einen solchen Beschluß geforderten Dreiviertelmehrheit.

B. In der Gesellschafterversammlung vom 25. Januar 1961 hat der Kläger beantragt, K [REDACTED] und T [REDACTED] als Geschäftsführer aus wichtigem Grunde abuberufen (Punkt 2



der Tagesordnung). Er begründete die einheitliche Abstimmung über den Antrag auf Abberufung zweier Geschäftsführer damit, beide hätten durch gemeinsames, gleichartiges Handeln, denselben Tatbestand, ihre Pflichten verletzt. K [REDACTED] und T [REDACTED] erklärten diesen Antrag für unzulässig. Sie vertraten den Standpunkt, über ihre Abberufung als Geschäftsführer könne nur getrennt abgestimmt werden, alsdann habe jeder von ihnen bei der Abstimmung über die Abberufung des anderen und Frau Ta [REDACTED] zum Antrag über die Abberufung von T [REDACTED] das Stimmrecht. Der Kläger ließ sich hierauf nicht ein. Es kam zur Abstimmung über seinen Antrag. Er stimmte dafür, K [REDACTED] und T [REDACTED] dagegen, K [REDACTED] zugleich namens von Frau Ta [REDACTED]. K [REDACTED] begründete die Ausübung des Stimmrechts noch ausdrücklich damit, ein Antrag, ihn und T [REDACTED] durch einheitliche Abstimmung aus dem Geschäftsführeramte abzuwählen, sei unzulässig. Der Kläger widersprach der Ausübung ihres Stimmrechts und der Ausübung des Stimmrechts für Frau Ta [REDACTED]. Das alles wurde in dem notariellen Protokoll über die Gesellschafterversammlung niedergelegt. Abschließend heißt es dort zu Punkt 2 der Tagesordnung: "bei der gegebenen Sachlage läßt sich ein Ergebnis bezüglich der Abstimmung nicht feststellen".

Zu Punkt 4 der Tagesordnung beantragte der Kläger die Ausschließung von K [REDACTED] und T [REDACTED] "bzw. ihrer Rechtsnachfolger" als Gesellschafter. Insoweit kam es zum Streit darüber, ob die Ausschließung mehrerer Gesellschafter en bloc beantragt werden könne. Die Abstimmung, die abgegebenen Erklärungen und der Inhalt des notariellen Protokolls entsprechen der zuvor wiedergegebenen Behandlung des Punktes 2 der Tagesordnung.

Der Kläger meint, seine Anträge zu Punkt 2 und 4 der Tagesordnung hätten zu ablehnenden Beschlüssen geführt. Er ficht sie mit der Klage an und beantragt, sie für nichtig zu erklären (Klageanträge zu 2 und 3).

Des weiteren beantragt er, festzustellen, daß seine Anträge auf Abberufung von K [REDACTED] und T [REDACTED] aus dem Geschäftsführeramte (Klageantrag zu a) und auf Ausschließung von K [REDACTED], T [REDACTED] "bzw. ihrer Rechtsnachfolger" aus der Gesellschaft (Klageantrag zu b) angenommen seien.

Zu diesen Anträgen streiten die Parteien darum, ob ein Beschluß vorliegt, der angefochten werden konnte, ob mehrere Gesellschafter gleichzeitig vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, wenn ihre Abberufung als Geschäftsführer und ihre Ausschließung als Gesellschafter mit der Behauptung beantragt wird, es läge ein einheitlicher Sachverhalt vor (vgl. hierzu Schmidt in Hachenburg, GmbHG § 47 Anm. 18 Abs. 3, Anm. 25 b) und ob die Gerichte im Fall der erfolgreichen Anfechtung eines ablehnenden Beschlusses in der Lage sind, festzustellen, daß der gestellte Antrag bei richtiger Stimmenzählung angenommen worden sei (vgl. hierzu RGZ 122, 102, 107; 142, 123; 146, 71; Scholz, GmbHG § 45 Anm. 27, 23; W. Schmidt aaO § 45 Anm. 35a m.w.Nachw.; Baumbach/Hueck, GmbHG Anh. nach § 47 Anm. 5 C).

Die Beklagte macht insoweit geltend, der Kläger habe die Behauptung des einheitlichen Sachverhalts ohne Angabe konkreter Tatsachen vorgetragen und zudem aus der Luft gegriffen, um seine Mitgesellschafter vom Stimmrecht auszuschließen. Das zeige sich insbesondere daran, daß er auch die Ausschließung der Rechtsnachfolger von K [REDACTED] und T [REDACTED] beantragt habe, ohne zu wissen, wer das ist und

was sie in der Gesellschaft tun.

Das Landgericht hat den Kläger gemäß dem Antrag der Widerklage aus der Gesellschaft ausgeschlossen, die Beschlüsse, durch die die Abberufung von K [REDACTED] und T [REDACTED] sowie die Ausschließung dieser beiden Gesellschafter und der Frau Ta [REDACTED] abgelehnt worden sind, für nichtig erklärt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Mit der Berufung hat der Kläger seinen Antrag auf Abweisung der Widerklage, seinen Klageantrag zu 1 und seine beiden Feststellungsanträge weiterverfolgt.

Mit der Anschlußberufung hat die Beklagte beantragt, die Klage auch insoweit abzuweisen, als ihr das Landgericht stattgegeben hat.

Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Die Anschlußberufung führte zur Abweisung der Klage im vollen Umfang.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Widerklage ist gerechtfertigt, während der Klageantrag zu 1 unbegründet ist.

15

I. Der Senat hat in seinem Urteil vom 1.4.53 - II ZR 235/52 - (BGHZ 9, 157, 177) für den zur Erhebung einer Ausschließungsklage für notwendig erachteten Gesellschafterbeschuß eine Dreiviertelmehrheit verlangt. Namhafte Vertreter des Schrifttums (z.B. Hueck, DB 1953, 777; W. Schmidt aaO § 34 Anm. 18 a) wollen dagegen einfache Mehrheit genügen lassen. Hierzu braucht nach Lage des Falles nicht Stellung genommen zu werden.

Es kann auch offenbleiben, ob Frau Ta [REDACTED] Gesellschafterin der Beklagten geworden ist oder nicht.

Ist sie Gesellschafterin geworden, so konnte sie bei der Beschlußfassung darüber, ob gegen den Kläger Ausschließungsklage erhoben werden sollte, mitstimmen. Ist sie nicht Gesellschafterin geworden, so besaßen K [REDACTED] und T [REDACTED] noch ihre vollen Geschäftsanteile. Ein Gesellschafter, der nur einen Geschäftsanteil besitzt, kann nur einheitlich abstimmen. Die Stimmabgabe von K [REDACTED] und T [REDACTED] konnte daher nur mit allen diesen beiden Gesellschaftern zustehenden Stimmen vorgenommen werden. Beide haben ohne jede Einschränkung mit ihren Geschäftsanteilen abgestimmt. War die von ihnen vorgenommene Teilabtretung unwirksam, so besaßen sie noch je einen Geschäftsanteil über 7 000 DM und stimmten mit je 70 Stimmen für den von ihnen eingebrachten Antrag, den Kläger aus der Beklagten auszuschließen. Damit ist, da der Kläger bei der Abstimmung darüber, ob gegen ihn Ausschließungsklage erhoben werden sollte, *dem Stimmrecht ausgeschlossen war,* die vom Senat in seinem erwähnten Urteil geforderte Mehrheit gegeben.

Es kommt nicht erst darauf an, ob K [REDACTED] und

T [REDACTED] ausdrücklich noch während der Gesellschafterversammlung oder erst nach deren Schluß erklärt haben, sie stimmten für ihren Antrag mit ihrem unverkürzten Geschäftsanteil.

II. Das Berufungsgericht nimmt an, der Kläger habe einen wichtigen Grund für seine Ausschließung gesetzt. Es macht ihm zum Vorwurf, daß er einen das Gesellschaftsverhältnis betreffenden Vertrag, den er am 30. November 1959 mit K [REDACTED] und T [REDACTED] geschlossen hat, mehrfach schwerwiegend verletzt und am 17. Februar 1962 gegen die Beklagte Konkursantrag gestellt habe, ohne ihr Gläubiger zu sein. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

1. Der Vertrag vom 30. November 1959 sieht vor, das Gesellschaftsvermögen unter den Gesellschaftern aufzuteilen, sobald die Gesellschaft Eigentümerin der von ihr unter Eigentumsvorbehalt gekauften Maschinen und Einrichtungsgegenstände sei. Bis zu dieser Aufteilung sollten die beiden Geschäfte der Beklagten mit Wirkung ab 1. September 1959 getrennt geführt werden. Das Geschäft in Frankfurt/Main (Zeile 43) wurde dem Kläger, das in Fulda K [REDACTED] und T [REDACTED] gemeinsam zugewiesen (Vertragsziff. I, IX, XI). Der Kläger übernahm die in Frankfurt vorhandenen Maschinen und sonstigen Anlagewerte, K [REDACTED] und T [REDACTED] die in Fulda (Ziff. I). Die darauf zu leistenden Abzahlungen übernahmen für Frankfurt der Kläger, die für Fulda die beiden anderen Gesellschafter. Sowohl bis zum 1. September 1959 als auch die seither auf Investitionen, Anlagewerte und Anlaufkosten geleisteten Zahlungen sollten getrennt zusammengestellt und bei der endgültigen Auseinander-

setzung in bestimmter Weise auf die drei Gesellschafter aufgeteilt werden (Ziff. I, III). Alle sonstigen Verpflichtungen, zu denen ausdrücklich Steuerschulden und Sozialversicherungsprämien gezahlt wurden, sollten, soweit sie bis zum 1. September 1959 entstanden waren, abgerechnet und auf die drei Gesellschafter gleichmäßig verteilt und, soweit sie nach dem 1. September 1959 anfallen würden, "dort bezahlt werden, wo sie anfallen (Frankfurt am Main oder Fulda)" (Ziff. VI). Die beiden Vertragsseiten sollten berechtigt sein, die Bezahlung der auf sie entfallenden Verpflichtungen gegenüber Gläubigern für sich gesondert zu regeln und, soweit es sich um "Verpflichtungen aus der laufenden Tätigkeit" handle, Wechsel auszustellen, wobei die andere Vertragsseite verpflichtet sein sollte, diese Wechsel mitzuzeichnen (Ziff. XII, XIII). Mit Wirkung ab 1. September 1959 sollten für beide Geschäfte "im Rahmen der Gesellschaft" gesonderte Buchhaltung geführt werden (Ziff. XI). Nach Ziff. XVII bestand "Einigkeit darüber, daß die Vertragschließenden für die Erfüllung dieses Vertrages nur mit ihrem GmbH-Anteil haften".

Am 30. November 1959 traten die Gesellschafter auch zu einer Gesellschafterversammlung zusammen. Durch einstimmigen Beschluß änderten sie den § 4 des Gesellschaftsvertrages, der Gesamtvertretung durch je zwei Geschäftsführer vorsah, dahin, daß jeder Geschäftsführer allein vertretungsberechtigt sei. Zugleich wurde der Kläger auf seine Veranlassung als Geschäftsführer abberufen. Außerdem wurde auf seinen Vorschlag seine Ehefrau zum Geschäftsführer bestellt. Sie nahm das Amt jedoch nicht an.

Nach Ziffer XVIII des Vertrages vom 30. November 1959

sollten der oder die Geschäftsführer von Frankfurt kein Mitsprache- oder Weisungsrecht in Fulda haben; für den oder die Geschäftsführer in Fulda sollte das gleiche für Frankfurt gelten; Bestellung und Abberufung eines Geschäftsführers in Frankfurt sollte Sache des Klägers, in Fulda Sache von K [REDACTED] und T [REDACTED] sein. Anschließend hieß es in dieser Vertragsziffer: "Sämtliche Gesellschafter und Geschäftsführer sind jedoch verpflichtet, bei den Eintragungen ins Handelsregister unverzüglich mitzuwirken."

Unstreitig ließ der Vertrag vom 30. November 1959 die GmbH fortbestehen. Wie unter den Parteien gleichfalls unstreitig ist, bestand der Anlaß für diesen Vertragsschluß darin, daß es zu starken Spannungen zwischen den Gesellschaftern gekommen war und die Auflösung der Gesellschaft sowie die Realteilung des Gesellschaftsvermögens deshalb untunlich oder gar unmöglich erschien, weil die kostspieligen maschinellen Anlagen der Beklagten mit dem Eigentumsvorbehalt der einzelnen Verkäufer belastet waren und die Gesellschaft nicht die Mittel besaß, ihre Schulden abzudecken. Die Parteien stimmen auch darüber überein, daß der Vertrag vom 30. November 1959 dazu diene, die verfeindeten Gesellschafter, so weit wie möglich, alsbald zu trennen, die Gesellschaftsschulden durch Weiterbetreiben der beiden Geschäfte abzutragen und auf diese Weise wirtschaftlich die Auflösung der Gesellschaft und die Teilung des Gesellschaftsvermögens zu ermöglichen.

Dieser Vertrag ist nicht, wie der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts ^{in Frankfurt/Main} in der Sache 2/10 O 356/61 LG Frankfurt/Main = 7 U 105/62 = VIII ZR 123/63 angenommen hat, nach § 134 BGB nichtig. Auch die Revision wendet sich gegen

diese Auffassung. Sie ist mit Inhalt, Sinn und Bedeutung des Vertrages unvereinbar.

Es ist schon unrichtig, daß der Vertrag nach seinem ausdrücklichen Wortlaut das Gesellschaftsvermögen der Beklagten unter die Gesellschafter aufteile; in der Einleitung des Vertrages heißt es vielmehr, daß die Aufteilung des Gesellschaftsvermögens hinausgeschoben werde und daß die dann niedergelegten Vereinbarungen "für die Zeit bis zur Aufteilung" getroffen würden. Die Beklagte besaß kaum Sacheigentum, ihre Maschinen und Einrichtungsgegenstände hatte sie unter Eigentumsvorbehalt gekauft, das Anwartschaftsrecht darauf war nicht Gegenstand des Vertrages vom 30. November 1959, sondern verblieb ihr. Nach der Art des Geschäfts kann sie nicht einmal in nennenswertem Umfang Außenstände gehabt haben. Es gab daher nichts, was unter die Gesellschafter hätte verteilt werden können. Hierin sollte der Vertrag gerade Wandel schaffen.

Damit ist zugleich der Vorwurf der Umgehung des Sperrjahrs und damit der Verletzung des § 73 GmbHG unbe-
rechtigt.

Der Vertrag ist auch nicht auf die Auszahlung von Stammkapital an die Gesellschafter gerichtet. Er sieht nur die getrennte Führung der beiden Geschäfte der Gesellschaft durch die vorhandenen oder durch neu zu bestellende Geschäftsführer vor. Als der Vertrag geschlossen wurde, war der Kläger noch Geschäftsführer; er wurde erst in der auf den Vertragsschluß folgenden Gesellschafterversammlung abberufen, wie sich auf Grund der Nummernfolge der hierüber aufgenommenen Notariatsakte ergibt. Auch wenn, wie hier,

die Geschäftsführer zugleich die Gesellschafter der GmbH sind, ist es ihre Aufgabe, die Forderungen der Gesellschaft einzuziehen und sonstige Verfügungen über deren Vermögen vorzunehmen. Es fehlt jeder Anhalt dafür, daß der Vertrag vom 30. November 1959 diese Aufgabe den Geschäftsführern entzogen und den Gesellschaftern übertragen hätte. Dieser Vertrag hatte den Sinn, das Gegeneinander der Geschäftsführer zu beseitigen und durch eine getrennte Führung der beiden Geschäfte und unter säuberlich getrennter Verantwortung zu erreichen, daß die Gesellschaft Eigentümerin ihrer unter Eigentumsvorbehalt gekauften Einrichtung werden und von ihren sonstigen Verpflichtungen frei werden könne. Eine Auszahlung von Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter stand nicht in Frage.

Anstelle des Klägers war, nachdem er als Geschäftsführer abberufen worden war, ein neuer Geschäftsführer zu bestellen. Er sollte dafür eine Person seines Vertrauens und seiner alleinigen Wahl nehmen dürfen, während sich seine Mitgesellschafter im voraus einverstanden erklärt und verpflichtet hatten, an der Anmeldung zum Handelsregister mitzuwirken.

Wenn ein Gesellschafter Geld, das durch die Einziehung einer Gesellschaftsforderung in seine Hände gelangt ist, vertrags- und gesellschaftswidrig für sich verwendet, so kann damit so wenig ein Verstoß gegen § 30 GmbHG begründet werden, wie ein solcher Verstoß mit der Unterschlagung oder Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen durch einen Geschäftsführer-Gesellschafter begründet werden kann. Es kommt daher nicht erst darauf an, daß ein Verstoß gegen § 30 GmbHG nicht ohne weiteres, sondern nur bei einer vor-

sätzlichen Minderung des Gesellschaftsvermögens unter die Ziffer des Stammkapitals zur Nichtigkeit nach § 134 BGB führt (BGH LM § 30 GmbHG Nr. 1 m.w.Nachw.).

Die Nichtigkeit des Vertrages vom 30. November 1959 kann auch nicht damit begründet werden, daß das Mitsprache- und Weisungsrecht der Geschäftsführer auf den dem einzelnen Geschäftsführer zugewiesenen Betrieb beschränkt wurde, denn die Einschränkung von Geschäftsführung und Vertretung ist, wie § 37 GmbHG zeigt, nicht unerlaubt. Ebenso wenig macht die Bestimmung (Ziff. XI), daß für die beiden Geschäfte gesonderte Buchhaltung geführt werden solle, den Vertrag nichtig. Diese gesonderte Buchhaltung sollte, wie diese Vertragsziffer ausdrücklich bestimmt, "im Rahmen der Gesellschaft" stattfinden; damit ist klargestellt, daß an der Buchführungs- und Bilanzierungspflicht der Gesellschaft nichts geändert werden sollte. Auch in Verbindung mit der Beschränkung des Mitsprache- und Weisungsrechts der Geschäftsführer ist das nicht der Fall. Es wurde ausdrücklich (Ziff. XI Abs. 3) bestimmt, daß jeder der beiden Betriebe die von ihm geführten Bücher der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen habe und daß diese Bücher durch einen Fachmann überprüft werden könnten. Damit war sichergestellt, daß die Geschäftsführer trotz der Beschränkung ihrer Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eigenverantwortlich ihrer Buchführungs- und Bilanzierungspflicht nachkommen konnten.

In der Sache 5 U 148/61, die das Berufungsgericht am selben Tage wie die vorliegende verhandelt und entschieden hat, hat der Kläger vorgetragen (vgl. seinen Schriftsatz vom 22.3.61 und seine Berufungsbegründung,

Bl. 171 ff und Bl. 217 ff), der Vertrag vom 30. November 1959 habe materiell nichts ändern sollen; er habe auch nichts ändern können, da die Gesellschafter einer GmbH nicht über das Gesellschaftsvermögen verfügen und vor Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger das Gesellschaftsvermögen nicht unter sich aufteilen könnten. Die Bestimmungen dieses Vertrages hätten nur für die künftige Teilung des Gesellschaftsvermögens maßgebend sein und Maßstäbe für die künftige Abrechnung schaffen sollen. Außerdem hätten sie den Geschäftsführern Verhaltensmaßregeln, Richtlinien für die Führung der Gesellschaft bis zu deren Auflösung, gegeben. Das sei notwendig gewesen, um Ordnung in die Geschäftsführung zu bringen.

a) Auf dieser Grundlage hat es das Berufungsgericht als eine schwere Verletzung gesellschaftlicher Pflichten angesehen, daß der Kläger das Geschäft in Frankfurt im März 1960 geschlossen, für dieses Geschäft keinen Geschäftsführer bestellt, die Geschäftsführer in Fulda nur in völlig unzureichendem Maße über die Geschäftsvorfälle in Frankfurt unterrichtet habe und es hierdurch wegen in Frankfurt begründeter Schulden zu zahlreichen Vollstreckungsmaßnahmen, auch mehreren Offenbarungseidsverfahren, gegen die Beklagte gekommen sei.

aa) Es ist unstreitig, daß der Kläger das Geschäft in Frankfurt geschlossen hat. Hierzu war er nicht berechtigt, da er nicht Geschäftsführer der Beklagten war und die GmbH nicht bloß mit dem Fuldaer, sondern auch mit dem Frankfurter Geschäft schuldenfrei gemacht werden sollte. Entgegen der Ansicht der Revision brauchte das Berufungsgericht nicht der Behauptung des Klägers (S. 24 der Beru-

fungsbegründung, Bl. 190 d.A.) nachgehen, zu dieser Stilllegung sei es gekommen, weil das Technische Überwachungsamt die weitere Verwendung des schadhaft gewordenen Heizkessels untersagt habe und Mittel zur Reparatur nicht zur Verfügung gestanden hätten. Denn abgesehen davon, daß der Kläger keinen Beweis hierfür angetreten hat, gab eine Beanstandung des Heizkessels und ein Mangel an Mitteln jedenfalls ihm nicht das Recht, den Betrieb stillzulegen.

Im übrigen hat der Kläger, wie die unbestritten gebliebene Fotokopie Bl. 234 d.A. ergibt, unter dem 20. Februar 1961 mit seiner Ehefrau einen Untermietvertrag über die Räume des Frankfurter Geschäfts der Beklagten - der Hauptmietvertrag lief auf seinen Namen - geschlossen und sich darin verpflichtet, die Maschinen und sonstigen Gegenstände des Geschäfts aus den Räumen zu entfernen. Dieser Vertrag legt es nahe, daß die Beanstandung des Heizkessels gar nicht der Grund für die Stilllegung des Frankfurter Geschäftsbetriebes der Beklagten war. Der Kläger hätte sich daher mit der Behauptung von der Beanstandung des Heizkessels nicht begnügen dürfen, sondern darlegen müssen, in welcher Beziehung der mit seiner Ehefrau geschlossene Untermietvertrag zu der von ihm vorgenommenen Betriebsstilllegung stand.

bb) Die Revision sieht darin, daß es der Kläger unterlassen hat, für den Frankfurter Geschäftsbetrieb einen Geschäftsführer zu bestellen, deshalb keine Verletzung einer Gesellschafterpflicht, weil ein einzelner Gesellschafter keinen Geschäftsführer bestellen kann. Sie übersieht hierbei, daß der Vertrag vom 30. November 1959 in Rücksicht auf die spätere Realteilung des Gesellschafts-

vermögens und zu dem Zweck, die verfeindeten Gesellschafter möglichst bald zu trennen, dem Kläger die Sorge für das Frankfurter Geschäft und insbesondere die Bestellung eines oder mehrerer Geschäftsführer für den Frankfurter Betrieb übertrug und seine Mitgesellschafter verpflichtete, an der Registeranmeldung einer so vorgenommenen Geschäftsführerbestellung mitzuwirken.

cc) Das Berufungsgericht sieht als unstreitig an, daß der Kläger Zustellungen von Klagen und Zahlungsbefehlen sowie Ladungen zum Offenbarungseid entgegengenommen hat, ohne sie sofort oder überhaupt den Geschäftsführern weiterzureichen. Es steht urkundlich und durch die betreffenden Akten fest, daß der Kläger in mehreren Sachen Versäumnisurteile gegen die Beklagte hat ergehen lassen, dann Einspruch eingelegt hat, den hierauf anberaumten Termin aber nicht wahrgenommen hat, so daß gegen die Beklagte zweite Versäumnisurteile ergangen sind. Die Revision will die Geschäftsführer der Beklagten dafür verantwortlich machen, daß für die Beklagte noch Zustellungen an den Kläger vorgenommen worden sind; sie behauptet, die Geschäftsführer der Beklagten hätten das Erlöschen der Vertretungsmacht des Klägers nicht angemeldet und so bewirkt, daß der Kläger noch (§ 15 HGB) als Geschäftsführer der Beklagten habe angesehen werden können.

Hiermit kann die Revision nicht gehört werden. Die Beklagte hat auf Seite 6 ihres Schriftsatzes vom 15.3.61 vorgetragen, die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer sei alsbald zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet worden, der Registerrichter habe jedoch den Standpunkt vertreten, er könne der Anmeldung nicht stattgeben, weil

die Geschäftsführung nach § 5 des Gesellschaftervertrages ein Sonderrecht sei und hierauf nur durch Satzungsänderung verzichtet werden könne; daher sei es "erst kürzlich" zur Löschung der Geschäftsführereigenschaft des Klägers gekommen. Der Kläger ist diesem Vortrag nicht entgegengetreten, er ist daher nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden anzusehen. Es ist auch kein Zweifel daran möglich, daß der Kläger, solange er Zustellungen mit Wirkung für die Beklagte entgegennehmen konnte, als Gesellschafter der Beklagten verpflichtet war, die zugestellten Schriftstücke schnellstmöglich den Geschäftsführern zur Bearbeitung zuzuleiten. Das hat er jedoch nicht getan und teils durch diese Unterlassung, teils durch positives, jedoch unzulängliches Tätigwerden (Säumnis, Einspruch und abermalige Säumnis) der Beklagten mindestens unnötige Kosten, wenn nicht weitere Nachteile, zugefügt.

b) Zu der Frage, ob der Kläger einen Ausschließungsgrund gesetzt hat, geht der Hauptangriff der Revision dahin, das Berufungsgericht habe die rechtliche Bedeutung des Vertrages vom 30. November 1959 verkannt, auf Grund dieses Vertrages seien die beiden Geschäfte der Beklagten nicht mehr für Rechnung der GmbH, sondern das Frankfurter Geschäft für Rechnung des Klägers und das Geschäft in Fulda für Rechnung von K [REDACTED] und T [REDACTED] geführt worden. Damit verläßt die Revision die tatsächliche Grundlage des Berufungsurteils. Das ist revisionsrechtlich ausgeschlossen.

Aber auch auf dieser Grundlage wäre die Ausschließung des Klägers berechtigt.

Der Kläger kam den nach dem Vertrage vom 30. November

1959 auf den Frankfurter Betrieb entfallenden Verbindlichkeiten nicht nach. Da diese Verbindlichkeiten zum Teil aus der Zeit des gesellschaftlichen Betriebs der beiden Geschäfte und zum Teil aus dem Betrieb des Frankfurter Geschäfts für Rechnung des Klägers herrührten, insoweit aber § 15 HGB eingriff, wurde ihretwegen das Gesellschaftsvermögen und die mit dem Fuldaer Geschäft für Rechnung von K [REDACTED] und T [REDACTED] erzielten Einkünfte in Anspruch genommen, weil diese Einnahmen, gesellschaftsrechtlich gesehen, Gesellschaftsvermögen waren und nur rein schuldrechtlich K [REDACTED] und T [REDACTED] zustanden. Auf diese Weise hat die Beklagte in Fulda für hohe im Frankfurter Betrieb entstandene Steuerschulden, AOK-Beiträge, Abzahlungsraten und andere Schulden eintreten müssen. Auf diese Weise ist es in Fulda auch zu Vollstreckungsmaßnahmen, zu Ladungen von K [REDACTED] und T [REDACTED] zum Offenbarungseid und zu Haftbefehlen gegen diese beiden Gesellschafter gekommen.

Der Kläger kann die Verantwortung hierfür, wenn er das Frankfurter Geschäft für eigene Rechnung betrieb und zu betreiben hatte, nicht mit der Begründung ablehnen und seinen Mitgesellschaftern zuweisen, er sei am 30. November 1959 als Geschäftsführer der Beklagten abberufen worden und nicht er, sondern die GmbH habe für die im Frankfurter Geschäft entstandenen Verbindlichkeiten einzustehen.

Alsdann kann er sich zur Frage seiner Ausschlößung gegenüber der Beklagten auch nicht auf die Ziffer XVII des Vertrages vom 30. November 1959 berufen. Denn, hat er das Frankfurter Geschäft für eigene Rechnung betrieben und war er hierzu verpflichtet, so hatte er diese Verpflichtung zu erfüllen und konnte dafür nicht bloß mit seinem Geschäfts-

anteil zu haften haben, also eine Vertragsbestimmung für sich in Anspruch nehmen, die auf die endgültige Auseinandersetzung der GmbH zugeschnitten ist und die gehörige Erfüllung des Vertrages vom 30. November 1959 voraussetzt. Die Revision sagt selbst, daß diese Vertragsziffer weder für die Haftung gegenüber der Gesellschaft noch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sondern nur im Verhältnis der Vertragschließenden zueinander Bedeutung hatte und daß die Vertragsparteien voneinander keine Ausgleichung oder Zuschüsse für die von ihnen fortgeführten Geschäftsbetriebe verlangen konnten. Dem ist nur hinzuzufügen, daß die Vereinbarung, jede Vertragsseite solle einen der beiden Geschäftsbetriebe für eigene Rechnung führen, es ausschloß, der Gesellschaft die Bezahlung der in diesem Betrieb entstandenen Verpflichtungen zuzuweisen und zu überlassen, wie dies der Kläger getan hat.

Er hat diese Handlungsweise mit der Behauptung zu rechtfertigen versucht, K [REDACTED] und T [REDACTED] hätten ihm den Ziffern IV und VII des Vertrages vom 30. November 1959 zuwider die Mittel vorenthalten, die für die ordnungsmäßige Führung des Frankfurter Betriebes und zur Deckung der mit diesem Geschäftsbetrieb zusammenhängenden Verbindlichkeiten erforderlich gewesen seien. Nach diesen Vertragsbestimmungen hatten die Vertragschließenden der Gesellschaft verschieden hohe Darlehen gegeben und in unterschiedlicher Weise zur Bezahlung von Maschinen und sonstigen Investitionen beigetragen. Das sollte alsbald abgerechnet und ausgeglichen werden. Der Kläger behauptet, aus der Ausgleichung der Darlehen hätte er mindestens 6 000 DM und aus der Ausgleichung der Aufwendungen bei der Einrichtung der beiden Geschäfte mindestens 8 000 DM von seinen Mitge-

sellschaftern zu erwarten gehabt. Damit konnte er jedoch nicht gehört werden, da er hierfür keinen Beweis angetreten und nicht einmal angegeben hat, wie er zu diesen Beträgen oder überhaupt zu Forderungen dieser Art gegen seine Mitgesellschafter kommt. Er hat auch nicht dazu Stellung genommen, daß sein Darlehenskonto nach der von der Beklagten überreichten Zusammenstellung des Helfers in Steuersachen W [REDACTED] vom 5. Oktober 1960 (Anlage 44) zu seinen Lasten einen Saldo von 1 791,95 DM aufweist.

2. Unstreitig hat der Kläger unter der Behauptung, Gläubiger der Beklagten zu sein, am 17. Februar 1962 beantragt, das Konkursverfahren über das Vermögen der Beklagten zu eröffnen. Das Amtsgericht in Frankfurt/Main hat diesen Antrag abgelehnt, weil der Kläger nicht glaubhaft gemacht habe, Gläubiger der Gesellschaft zu sein. Das Berufungsgericht hat in diesem Antrag zwar eine besonders schwere Verletzung der gesellschaftlichen Pflichten des Klägers gesehen, sie aber nur unterstützend herangezogen. Das ist nicht, wie die Revision meint, deshalb ausgeschlossen, weil die Anbringung des Konkursantrages erst 13 Monate nach dem Beschluß über die Erhebung der Ausschließungsklage liegt.

3. Der Revision ist dagegen zuzugeben, daß der Ausschluß eines Gesellschafters nur das äußerste Mittel sein darf und nicht in Betracht kommt, wenn den anderen Gesellschaftern ein gesellschaftswidriges Verhalten zur Last fällt, das, gemessen an dem Verhalten des beklagten Gesellschafters, als ein wichtiger Grund im Sinne des § 140 HGB anzusehen ist (BGHZ 32, 17, 31). Aber auch unter diesem Gesichtspunkt kann die Widerklage nicht abgewiesen werden.

115

a) Soweit der Kläger behauptet hat, K [REDACTED] und T [REDACTED] hätten sich "in größtem Maße gesellschaftswidrig verhalten", sie hätten ihn "böswillig verdächtigt", ihnen habe "die nötige Sachkunde gefehlt", sie hätten sich "als unzuverlässig erwiesen und mehrfach Geldeingänge nicht ordnungsmäßig verbucht und abgerechnet, sondern für sich verwendet" (S. 12, 13 und 14 der Berufungsbegründung), hat er keine konkreten Angaben gemacht und keinen Beweis angetreten. Das Berufungsgericht hatte daher nicht die Möglichkeit, diesen Behauptungen nachzugehen.

b) Dagegen ist unstreitig, daß zwischen den Gesellschaftern schon bis zum 30. November 1959 starke Spannungen aufgetreten waren, daß ihnen deshalb ein weiteres Zusammenarbeiten unmöglich erschien und daß sich hieraus die im Vertrag vom 30. November 1959 getroffene Regelung erklärt. Der beiderseits verschuldete Verlust des Vertrauens kann dazu führen, dem klagenden Gesellschafter das Recht auf Ausschließung eines Mitgesellschafter vorzuenthalten und ihn auf die Möglichkeit der Auflösung der Gesellschaft zu verweisen (BGHZ 32, 17, 35). Dieser Gesichtspunkt greift hier aber nicht ein. Der Vertrag vom 30. November 1959 diente der Aufrechterhaltung der Gesellschaft und der Ausschaltung der Quelle für die Spannung unter den Geschäftsführer-Gesellschaftern. Der Kläger hat diesen Vertrag in größter Weise verletzt und seine Durchführung unmöglich gemacht. Der Umstand, daß die Gesellschafter bei Abschluß jenes Vertrages ein gedeihliches Zusammenarbeiten nicht mehr für möglich hielten, hat durch jenen Vertrag sein Gewicht verloren. In einem solchen Fall ist es nicht ungerechtfertigt, die nur einen Gesellschafter treffende Maßnahme der Ausschließung zu verhängen.

4. Es entspricht dem Urteil des Senats vom 17.2.55 - II ZR 316/53 - (BGHZ 16, 317), daß das Berufungsgericht davon abgesehen hat, den Wert des Geschäftsanteils des Klägers im Urteil festzustellen. Die Revision hat hiergegen auch keine Anstände erhoben.

B.

Wie der Kläger mit Schriftsatz vom 10.3.61 (Bl.38 d.A.) klargestellt hat, verlangt er mit seinen übrigen Klageanträgen keine materiellen Feststellungen. Das sind seine Klageanträge zu 2 und 3, sowie zu a und b, also die Anträge, von den Beschlüssen vom 25. Januar 1961 diejenigen für nichtig zu erklären, durch die die Abberufung von K. [REDACTED] und T. [REDACTED] als Geschäftsführer und die Ausschließung dieser beiden Gesellschafter und von Frau Ta. [REDACTED] abgelehnt worden ist, und festzustellen, daß die Abberufung von K. [REDACTED] und T. [REDACTED] und die Ausschließung beider und der Frau T. [REDACTED] beschlossen worden sei.

Für diese Anträge fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis.

1. Mit den Klageanträgen zu 2 und 3 ficht der Kläger Gesellschafterbeschlüsse an. Grundsätzlich braucht der Gesellschafter, der einen Gesellschafterbeschuß anfiicht, kein besonderes Rechtsschutzinteresse darzutun (RGZ 77, 255, 257; 145, 336, 338; 146, 385, 395). Denn wegen seiner Mitgliedschaft hat jeder Gesellschafter, mag er durch den Gesellschafterbeschuß benachteiligt sein oder nicht, ein Interesse daran, daß die Gesellschaft nach Gesetz und

Gesellschaftsvertrag verfährt, und gegenüber Rechtsverletzungen Ordnung zu schaffen, ist der Sinn des Anfechtungsrechts. Hier geht es aber um die Anfechtung ablehnender Beschlüsse. Ihre Anfechtung ist zwar nicht ausgeschlossen, aber dazu ist ein gewisses schutzwürdiges Interesse zu verlangen (RG JW 1936, 920 m.w.Nachw.). Denn mit der erfolgreichen Anfechtung als solcher wird nicht mehr als die Nichtigkeit des ablehnenden Beschlusses erreicht.

2. An einem schutzwürdigen Interesse fehlt es sowohl für die Anfechtungsanträge zu 2 und 3 der Klage als auch für die Feststellungsanträge zu a und b.

Materiell können diese Anträge nicht geprüft werden, weil der Kläger das nicht will. Für die Zeit nach der Verkündung des heutigen Urteils ist für eine solche Prüfung auch bei Sinnesänderung des Klägers kein Raum mehr, da er von der Rechtskraft dieses Urteils ab nicht mehr Gesellschafter ist und die verbleibenden Gesellschafter sowohl die vom Kläger angefochtenen Beschlüsse als auch die Handlungsweise der abberufenen Geschäftsführer genehmigen können.

In formeller Hinsicht geht es für die Zeit nach Rechtskraft der Ausschließung des Klägers um die Entscheidung reiner Rechtsfragen. Hierzu sind die Gerichte nicht berufen.

Selbst wenn die Gerichte in der Lage wären, einen wegen Mitzählens verbotswidrig abgegebenen Stimmen abgelehnten Gesellschafterbeschuß für angenommen zu erklären (vgl. hierzu Schilling in Großkomm. AktG § 200 Anm. 3),

so würde das dem Kläger nichts nützen. Der Beschluß, der die Abberufung von Geschäftsführern zum Inhalt hat, setzt zu seiner Wirksamkeit voraus, daß der Abberufene einen wichtigen Grund für diese Maßnahme gegeben hat. Sieht der Gesellschaftsvertrag, wie hier, nicht die Ausschließung eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschuß vor, so gibt ein auf die Ausschließung gerichteter Gesellschafterbeschuß nur das Recht, Ausschließungsklage zu erheben. Der Kläger hätte daher eine mit seinen Stimmen beschlossene Abberufung der Geschäftsführer und Ausschließung seiner Mitgesellschafter nur mittels neuer Klage durchsetzen können, und hierzu ist er nach seiner rechtskräftigen Ausschließung aus der Beklagten nicht mehr berechtigt.

Die Revision war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Fischer Dr.Kuhn Dr.Bukow Dr.Schulze Fleck