BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 240/08

Verkündet am:
19. Oktober 2009
Stoll
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

"Sanieren oder Ausscheiden"

BGB §§ 735, 739; HGB §§ 105 Abs. 3, 119, 131 Abs. 3 Nr. 5

Beschließen die Gesellschafter einer zahlungsunfähigen und überschuldeten Publikumspersonengesellschaft mit der im Gesellschaftsvertrag für Änderungen des Vertrages vereinbarten Mehrheit die Gesellschaft in der Weise zu sanieren, dass das Kapital "herabgesetzt" und jedem Gesellschafter frei gestellt wird, eine neue Beitragspflicht einzugehen ("Kapitalerhöhung"), dass ein nicht sanierungswilliger Gesellschafter aber aus der Gesellschaft ausscheiden muss, so sind die nicht zahlungsbereiten Gesellschafter aus gesellschafterlicher Treuepflicht jedenfalls dann verpflichtet, diesem Gesellschafterbeschluss zuzustimmen, wenn sie infolge ihrer mit dem Ausscheiden verbundenen Pflicht, den auf sie entfallenden Auseinandersetzungsfehlbetrag zu leisten, finanziell nicht schlechter stehen, als sie im Falle der sofortigen Liquidation stünden.

BGH, Urteil vom 19. Oktober 2009 - II ZR 240/08 - KG
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Caliebe, Dr. Drescher, Dr. Löffler und Bender

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts vom 19. September 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerde- und des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform einer GmbH & Co OHG. Sie ist Mehrheitsgesellschafterin der "W. B. OHG H. " (im Folgenden: B. OHG). Die Beklagten haben sich im Jahre 1997 in unterschiedlicher Höhe an der Klägerin beteiligt. Nachdem die Klägerin durch die Kürzung von Fördermitteln und die Nichtdurchsetzbarkeit kostendeckender Mieten in eine schwere finanzielle Schieflage geraten war, beschloss die Gesellschafterversammlung im Jahre 2002, die T. AG mit der Erarbeitung eines Sanierungskonzepts

zu beauftragen. In dem im August 2002 vorgelegten vorläufigen Sanierungskonzept stellte die T. AG die Sanierungsbedürftigkeit wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sowohl der Klägerin als auch der B. OHG, zugleich aber auch deren Sanierungsfähigkeit fest. Die T. AG schlug Maßnahmen vor, durch die die Überschuldung beseitigt und das Fremdkapital auf einen geringeren, leichter bedienbaren Valutenstand reduziert werden sollte.

2 Nachdem den Gesellschaftern zuvor sowohl das Sanierungskonzept als auch die Beschlussvorlagen mit der Einladung zu der Gesellschafterversammlung übersandt worden waren, fasste die Gesellschafterversammlung der Klägerin am 19. Oktober 2002 zur Umsetzung des Sanierungskonzepts u.a. folgende Beschlüsse:

> *"Das Nominalkapital ist wirtschaftlich verbraucht und wird herabgesetzt auf € 78.529,83. Die ebenfalls verbrauchte Kapitalrücklage wird herabgesetzt auf € 0,00."*
>
> *"Das herabgesetzte Nominalkapital in Höhe von € 78.529,83 (Altkapital) wird um € 4.645.598,03 (Neukapital) auf € 4.724.127,86 erhöht."*
>
> *"§ 5 Abs. 1 und 2 des Gesellschaftsvertrages* (künftig: GV) *werden wie folgt neu gefasst:*
>
> 1. *Das herabgesetzte Nominalkapital (Altkapital) beträgt € 78.529,83. Es wurde um € 4.645.598,03 (Neukapital) auf insgesamt € 4.724.127,86 (Gesamtkapital) erhöht.*
>
> 2. *Die verbindliche Übernahme des Neukapitals durch die Gesellschafter erfolgt durch Zeichnung von Kapitalerhöhungsvereinbarungen auf freiwilliger Basis, und zwar aufschiebend bedingt durch die vollständige Aufbringung des Neukapitals. Für den Abschluss von Kapitalerhöhungsvereinbarungen gilt Abs. 5 entsprechend. Die Gesellschafter können von ihnen übernommene Neukapitalanteile durch die Verrechnung mit*

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

geleisteten Nachschussbeträgen bzw. mit Aufwendungsersatzansprüchen gegen die Gesellschaft erbringen."

"§ 22 Abs. 2 GV wird um einen Buchstabe d) folgenden Wortlauts ergänzt:

2. Ein Gesellschafter scheidet unter Fortführung der Gesellschaft durch die übrigen Gesellschafter gemäß Abs. 1 aus, wenn

a) ...

b) ...

c) ...

d) er nicht bis zum 31. Dezember 2003 rechtsverbindlich einen seiner bisherigen Beteiligungshöhe an der Gesellschaft entsprechenden Anteil an der am 19. Oktober 2002 beschlossenen Kapitalerhöhung aufschiebend bedingt übernommen hat; der betroffene Gesellschafter scheidet zum 31. Dezember 2003 aus, ohne dass es einer weiteren Erklärung der Gesellschaft bedarf."

3 Die Beklagten zu 1 und 2 haben, vertreten durch ein Beiratsmitglied, dem sie Stimmrechtsvollmacht erteilt hatten verbunden mit der ausdrücklicher Weisung, u.a. den Tagesordnungspunkten 7 und 8, die die oben dargestellten Beschlussgegenstände enthielten, zuzustimmen, den Gesellschafterbeschlüssen zugestimmt. Die Beklagten zu 3 und 4 haben nicht zugestimmt.

4 Der Gesellschaftsvertrag enthält darüber hinaus, soweit hier von Interesse, noch folgende Bestimmungen:

"§ 11 Abs. 8:

Die Unwirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen kann nur binnen einer Ausschlussfrist von acht Wochen nach Zugang des Protokolls gemäß § 15

> Abs. 2 durch Klage geltend gemacht werden. Nach Ablauf der Frist gelten etwaige Mängel als geheilt.
>
> § 14 Abs. 2:
>
> Änderungen dieses Gesellschaftsvertrages, ... erfordert eine Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen, mindestens der absoluten Mehrheit aller in der Gesellschaft vorhandenen Stimmen.
>
> § 23 Abs. 1:
>
> In den Fällen des Ausscheidens erhält der ausscheidende . . . . Gesellschafter sein Auseinandersetzungsguthaben, das auf den Tag des Ausscheidens festzustellen ist. Grundlage seines Anspruchs ist die aufzustellende Auseinandersetzungsbilanz, wobei unter Auflösung der stillen Reserven die tatsächlichen Werte ohne Berücksichtigung des Firmenwertes einzusetzen sind."

5 Im Februar 2003 schloss die Klägerin mit den beteiligten Gläubigerbanken in Umsetzung des Sanierungskonzepts und der auf der Gesellschafterversammlung vom 19. Oktober 2002 gefassten Beschlüsse eine Sanierungsvereinbarung, in der einerseits die Gesellschafterbeiträge in Höhe von 4.645.320,00 € und im Gegenzug Erlasse der Gläubigerbanken in Höhe von ca. 2,1 Mio. € festgelegt wurden. Diese wird seitdem über einen Sanierungstreuhänder durchgeführt.

6 Keiner der vier Beklagten hat die Kapitalerhöhung bis zum 31. Dezember 2003 gezeichnet. Daraufhin hat die Klägerin auf diesen Stichtag eine Auseinandersetzungsrechnung erstellt, einen Auseinandersetzungsfehlbetrag in Höhe von 9.431.709,19 € errechnet und die vier Beklagten entsprechend ihrer prozentualen Beteiligung am Gesellschaftskapital hieran beteiligt, wobei sie von den Forderungen gegenüber den Beklagten zu 1-3 die von diesen jeweils teilweise noch nach der Beschlussfassung im Jahre 2002 geleisteten Nachschüsse abgezogen hat. Die sich danach ergebenden Beträge des jeweiligen negativen Auseinandersetzungsguthabens der vier Beklagten sind Gegenstand der

Klage, die sowohl erst- als auch zweitinstanzlich keinen Erfolg hatte. Hiergegen richtet sich die - vom erkennenden Senat zugelassene - Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision der Klägerin hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

9 Die Klage sei unbegründet, da die Beklagten nicht aus der Klägerin ausgeschieden, sondern weiterhin deren Gesellschafter seien. Die neu geschaffene Ausschlussregelung des § 22 Abs. 2 d GV sei nicht wirksam, weil ihr nicht alle Gesellschafter zugestimmt hätten. Diese Zustimmung sei wegen des in der Änderung liegenden Eingriffs in den Kernbereich der Gesellschafterrechte jedoch zur Wirksamkeit des Beschlusses erforderlich. Auch aus gesellschafterlicher Treuepflicht habe keine Zustimmungspflicht bestanden. Mangels Zustimmung aller Gesellschafter zur Änderung des Gesellschaftsvertrages sei die Vertragsänderung auch gegenüber den Beklagten zu 1 und 2 trotz der von ihnen erteilten Zustimmung unwirksam.

10 II. Das hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Der Beschluss der Gesellschafter der Klägerin über die Erweiterung des § 22 Abs. 2 GV ist gegenüber den Beklagten wirksam. Da die Beklagten die Kapitalerhöhung nicht gezeichnet haben, sind sie zum 31. Dezember 2003 aus der Klägerin ausgeschieden (§ 22 Abs. 2 d GV i.V.m. § 131 Abs. 3 Satz 2, Satz 1 Nr. 5 HGB) und

daher grundsätzlich zur Erstattung eines Auseinandersetzungsfehlbetrages verpflichtet (§ 105 Abs. 3 HGB, § 739 BGB).

11 1. Entgegen der Ansicht der Revision folgt die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses über die Einfügung des neuen Ausschlussgrundes iSd § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 HGB in § 22 Abs. 2 d GV nicht bereits aus dem Umstand, dass die Beklagten diesen Beschluss nicht fristgerecht (§ 11 Abs. 8 GV) angefochten haben.

12 a) Zwar ist im Gesellschaftsvertrag der Klägerin, was nach der ständigen Rechtsprechung des Senats bei Publikumsgesellschaften wie der Klägerin grundsätzlich zulässig ist (siehe nur BGHZ 68, 212, 216; Sen.Urt. v. 13. Februar 1995 - II ZR 15/94, ZIP 1995, 460; v. 17. Juli 2006 - II ZR 242/04, WM 2006, 1627 Tz. 14), das kapitalgesellschaftsrechtliche Beschlussmängelrecht teilweise adaptiert worden. Beschlüsse, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedürfen, unterfallen jedoch nicht den Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen im Sinne des Kapitalgesellschaftsrechts. Vielmehr stellt die fehlende Zustimmung eine "dritte Kategorie" von Mängeln des Beschlusses dar, die im Wege der allgemeinen, nicht fristgebundenen Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO bzw. durch Einwendung im Prozess geltend gemacht werden kann (Sen.Urt. v. 5. März 2007 - II ZR 282/05, ZIP 2007, 766 Tz. 15 f.; v. 9. Februar 2009 - II ZR 213/07, ZIP 2009, 864 Tz. 16; v. 25. Mai 2009 - II ZR 259/07, ZIP 2009, 1373 Tz. 17; Sen.Beschl. v. 26. März 2007 - II ZR 22/06, ZIP 2007, 1368 Tz. 10).

13 b) So liegt der Fall hier.

14 aa) Der den Gesellschaftsvertrag ändernde Beschluss zu § 22 Abs. 2 GV ist in der Gesellschafterversammlung vom 19. Oktober 2002 zwar formell wirksam gefasst worden, da Änderungen des Gesellschaftsvertrages gemäß § 14

Abs. 2 GV lediglich eine Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen, mindestens jedoch die absolute Mehrheit aller in der Gesellschaft vorhandenen Stimmen erfordern. Diese Mehrheiten waren unstreitig erreicht (siehe zu dieser formellen Legitimation Senat, BGHZ 170, 283 Tz. 9 "OTTO"; BGHZ 179, 13 Tz. 15 "Schutzgemeinschaftsvertrag II"; Sen.Urt. v. 25. Mai 2009 aaO Tz. 14).

15 bb) Um gegenüber dem einzelnen Gesellschafter (materielle) Wirksamkeit zu entfalten, was auf der zweiten Stufe zu prüfen ist (BGHZ 170, 283 Tz. 10 "OTTO"; BGHZ 179, 13 Tz. 16, 25 "Schutzgemeinschaftsvertrag II"), bedurfte der Beschluss zu § 22 Abs. 2 GV jedoch der Zustimmung der Gesellschafter.

16 Der Entzug der Gesellschafterstellung durch zwangsweises Ausscheiden ist nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters möglich, sei es durch antizipierte Zustimmung in Form der eindeutigen Regelung im Gesellschaftsvertrag (MünchKommHGB/K. Schmidt 2. Aufl. § 131 Rdn. 86; siehe hierzu auch Sen.Urt. v. 24. März 2003 - II ZR 4/01, ZIP 2003, 843), sei es durch Zustimmung zu einem Beschluss, durch den - nachträglich - eine Ausschlussregelung in den Gesellschaftsvertrag eingefügt wird (vgl. Sen.Urt. v. 20. Januar 1961 - II ZR 240/59, NJW 1961, 724; Goette in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 2. Aufl. § 119 Rdn. 59, 63). Die Versäumung der gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Anfechtungsfrist ersetzt diese Zustimmung nicht (Sen.Urt. v. 5. März 2007 aaO mit Anm. Goette in DStR 2007, 773).

17 2. Die Beklagten wenden vergeblich die Unwirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses über die Einfügung von § 22 Abs. 2 d GV und ihres daraus folgenden Ausscheidens aus der Klägerin zum 31. Dezember 2003 ein. Gegenüber den Beklagten zu 1 und 2 ist der Beschluss wirksam, weil sie ihm - unstreitig - zugestimmt haben (a). Die Beklagten zu 3 und 4 müssen sich so

behandeln lassen, als hätten sie dem Beschluss zugestimmt, da sie aus gesellschafterlicher Treuepflicht zur Zustimmung verpflichtet waren (b).

18 a) Anders als das Berufungsgericht meint, ist der Gesellschafterbeschluss trotz Zustimmung der Beklagten zu 1 und 2 nicht deshalb - auch - ihnen gegenüber unwirksam, weil ihm nicht alle Gesellschafter der Klägerin zugestimmt haben, was nach Ansicht des Berufungsgerichts zur "allgemeinen Nichtigkeit" des Beschlusses führen soll.

19 aa) Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die Beklagten zu 1 und 2 die Wirksamkeit ihrer Zustimmung zu dem Gesellschafterbeschluss davon abhängig gemacht haben, dass alle Gesellschafter ihre Zustimmung zu der Einfügung der Regelung in § 22 Abs. 2 d GV erteilen (vgl. insoweit Sen.Urt. v. 25. Mai 2009 - II ZR 259/07, ZIP 2009, 1373 Tz. 19).

20 bb) Der damit (jedenfalls) gegenüber den Beklagten zu 1 und 2 bestehenden Wirksamkeit der Gesellschaftsvertragsänderung steht, anders als die Revisionserwiderung meint, nicht entgegen, dass dies zur Folge haben könnte, dass der Gesellschaftsvertrag gegenüber verschiedenen Gesellschaftern einen unterschiedlichen Inhalt hätte. Diese Rechtsfolge ist zwingend, wenn alle Gesellschafter - wie hier - antizipiert im Gesellschaftsvertrag - auch - für Änderungen des Gesellschaftsvertrages auf das Einstimmigkeitsprinzip (§ 119 Abs. 1 HGB) verzichtet haben, die Wirksamkeit des konkreten, den Gesellschaftsvertrag ändernden Beschlusses gegenüber dem jeweiligen Gesellschafter aber von dessen Zustimmung abhängig ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die tatsächliche Umsetzung des Beschlusses auch dann möglich und sinnvoll ist, wenn sie nicht gegenüber allen, sondern nur gegenüber den zustimmenden Gesellschaftern erfolgen kann.

21 cc) Eine Zustimmung der Beklagten zu 1 und 2 zu der mit ihrem Ausscheiden verbundenen Zahlungsfolge war nicht erforderlich, weil die Zahlungsverpflichtung aus § 23 GV folgt. Zu Unrecht meinen das Berufungsgericht und ihm folgend die Beklagten in dritter Instanz, der Wirksamkeit des Beschlusses stehe entgegen, dass die Beklagten zu 1 und 2 nicht hätten absehen können, welche finanzielle Belastung für sie entstehe, wenn sie sich gegen die Beteiligung an der Kapitalerhöhung entscheiden würden. Das Berufungsgericht, das in diesem Zusammenhang verfehlt von "faktischer Nachschusspflicht" spricht, verkennt, dass es nicht um das Problem einer Erhöhung der Beitragspflicht geht, die nach § 707 BGB nur den Gesellschafter bindet, der zustimmt bzw. bei antizipierter Zustimmung Ausmaß und Grenzen überblicken kann, sondern dass es hier um die Folgen des Ausscheidens der Beklagten zu 1 und 2 geht. Hierfür jedoch enthält der Gesellschaftsvertrag in § 23 zweifelsfreie und wirksame Regeln - was der Senat nach seiner ständigen Rechtsprechung als Revisionsgericht bei Publikumsgesellschaften selbst durch Auslegung ermitteln kann (vgl. dazu nur Sen.Urt. v. 19. März 2007 - II ZR 73/06, ZIP 2007, 812 Tz. 18; v. 7. Juni 1999 - II ZR 278/98, ZIP 1999, 1391, 1393 jew. m.w.Nachw.) -, die eben auch dazu führen können, dass keine Abfindung zu zahlen, sondern im Gegenteil der ausscheidende Gesellschafter ausgleichspflichtig ist.

22 b) Gegenüber den Beklagten zu 3 und 4, die dem Gesellschafterbeschluss nicht zugestimmt haben, ist der Beschluss wirksam, weil sie sich, anders als das Berufungsgericht meint, treupflichtwidrig verhalten, wenn sie zwar an den Sanierungspflichten nicht teilnehmen, aber in der Gesellschaft verbleiben wollen.

23 aa) Der Gesellschafter ist zwar im Allgemeinen nicht verpflichtet, einer solchen, seine Gesellschafterstellung aufhebenden Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen. Der Senat geht jedoch in ständiger Rechtspre-

chung davon aus, dass sich in besonders gelagerten Ausnahmefällen für jeden einzelnen Gesellschafter aus der gesellschafterlichen Treuepflicht etwas Abweichendes ergeben kann (Sen.Urt. v. 26. Januar 1961 - II ZR 240/59, NJW 1961, 724; v. 21. Oktober 1985 - II ZR 57/85, ZIP 1986, 91). Eine Zustimmungspflicht kommt dann in Betracht, wenn sie mit Rücksicht auf das bestehende Gesellschaftsverhältnis oder auf die bestehenden Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander dringend erforderlich ist und die Änderung des Gesellschaftsvertrages dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar ist. Die Verpflichtung eines einzelnen Gesellschafters, einer notwendig gewordenen Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen, kann daher nur angenommen werden, wenn dem schützenswerte Belange des einzelnen Gesellschafters nicht entgegenstehen (st. Rspr. siehe nur BGHZ 44, 40, 41 f.; 64, 253, 257; übertragen auf das Kapitalgesellschaftsrecht BGHZ 98, 276; 129, 136 "Girmes").

24 bb) Gemessen hieran waren die Beklagten zu 3 und 4 zur Zustimmung verpflichtet.

25 (1) Der Versuch, die Klägerin unter Aufbringung neuen Kapitals zu sanieren, war - verglichen mit den Folgen der ansonsten unstreitig unvermeidlichen Zerschlagung - wirtschaftlich sinnvoll.

26 Die Klägerin hat vorgetragen, was die Beklagten, worauf sie bereits vom Landgericht hingewiesen worden sind, nicht substantiiert bestritten haben, dass sie im Jahre 2002 wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung (jedenfalls) sanierungsbedürftig war. Im Falle der Liquidation bestand ein Fehlbetrag in Höhe von ./. 10.407.279,00 €, entsprechend ca. 133 % bezogen auf das ursprüngliche nominelle völlig aufgezehrte Eigenkapital. Auf die Beklagten wären danach entsprechend ihrem quotalen Anteil am Gesellschaftsvermögen - jedenfalls -

folgende, von ihnen persönlich zu leistende (§ 105 Abs. 3 HGB, § 735 BGB) Beträge entfallen:

Beklagter zu 1: 61.661,90 €

Beklagte zu 2: 58.882,82 €

Beklagter zu 3: 33.880,39 €

Beklagter zu 4: 40.656,56 €.

27 Hingegen war eine Sanierung mit einem von den Gesellschaftern aufzubringenden Beitrag von 4.645.320,00 €, d.h. in Höhe von ca. 60 %, bezogen auf das ursprüngliche Eigenkapital möglich, weil die Gläubigerbanken sich bei Aufbringung dieses Betrages ihrerseits im Umfang von ca. 2,1 Mio. € an dem auf ca. 6,7 Mio. € geschätzten Gesamtsanierungsbedarf beteiligen wollten. Die Fortführung der Gesellschaft war aus Sicht eines wirtschaftlich denkenden Gesellschafters auch im Hinblick auf die - unstreitig - sehr gute Vermietungssituation und den mit der Fortführung der Klägerin verbundenen Erhalt der Fördermittel, gemessen an den Zerschlagungsfolgen, nicht von vornherein sinnlos.

28 In Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Senats, wonach kein Gesellschafter gegen seinen Willen gezwungen werden kann, im Gesellschaftsvertrag nicht vorgesehene Beiträge - sei es in Form von Nachschüssen, sei es in Form der anteiligen Zeichnung von Kapitalerhöhungen - zu übernehmen (siehe zuletzt Sen.Urt. v. 25. Mai 2009 - II ZR 259/07, ZIP 2009, 1373 Tz. 18 m.w.Nachw.), haben die Gesellschafter die Teilnahme an der Kapitalerhöhung nach vorheriger Herabsetzung des Eigenkapitals um 99,9 % als freiwillige (nachträgliche) Beitragsleistung der Gesellschafter ausgestaltet (siehe zur Zulässigkeit einer Kapitalherabsetzung verbunden mit einer gleichzeitigen Kapitalerhöhung zu Sanierungszwecken - sogar auf Null -, BGHZ 142, 167

m.w.Nachw. - für die AG). Jeder Gesellschafter sollte danach entscheiden können, ob er einen Betrag in Höhe von ca. 60 % des ursprünglich von ihm bereits aufgebrachten Kapitals erneut "riskieren" wollte, verbunden einerseits mit der Chance, dass die Klägerin damit mittelfristig in die Gewinnzone gelangen könnte, aber andererseits mit dem jedem Sanierungsversuch immanenten Risiko, auch noch diesen Betrag im Falle des Scheiterns zu verlieren, oder ob er lieber sofort als anteiligen Auseinandersetzungsfehlbetrag ca. 133 % des bereits einmal eingezahlten Kapitals aufbringen und danach für die Zukunft von jeder Zahlungsverpflichtung frei sein wollte.

29 (2) Den "risikobereiten" Gesellschaftern war es nicht zumutbar, die Gesellschaft mit den nicht zur Investition weiteren Kapitals bereiten Gesellschaftern fortzusetzen. Die Annahme des Berufungsgerichts, hier liege ein "normaler" Fall der Kapitalerhöhung vor, bei dem der nicht teilnehmende Gesellschafter (ohnehin) die Verwässerung seines Gesellschaftsanteils hinnehme, was keinesfalls zusätzlich seinen Ausschluss als "Bestrafung" für die Nichtzeichnung rechtfertige, weil diese Folge letztlich eine "mittelbare Nachschusspflicht" begründe, beruht auf einer unvollständigen tatrichterlichen Würdigung und rechtfertigt daher nicht die Ablehnung einer Zustimmungspflicht aus gesellschafterlicher Treuepflicht.

30 Bezogen auf jeden einzelnen Gesellschafter bedeutete die Umsetzung des Sanierungskonzepts folgendes:

31 Durch die Kapitalherabsetzung verlor jeder Gesellschafter 99,9 % seines ursprünglich eingezahlten Eigenkapitals unter Beibehaltung des jeweiligen quotalen Anteils an dem herabgesetzten Eigenkapital. Auch dieser - verringerte - nominelle Anteil hatte wirtschaftlich infolge der Überschuldung der Klägerin einen negativen, mithin von jedem Gesellschafter im Falle der Liquidation persön-

lich (§ 105 Abs. 3 HGB, § 735 BGB) auszugleichenden Wert. Derjenige Gesellschafter, der sich nicht an der freiwilligen Kapitalerhöhung beteiligte, musste dadurch zwar, wie stets bei einer nur von einigen Gesellschaftern gezeichneten Kapitalerhöhung, eine Verringerung seiner quotalen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen hinnehmen ("Verwässerung"). Sobald die Sanierung jedoch erfolgreich sein würde und die Klägerin in die Gewinnzone gelangte, wäre der an der Kapitalerhöhung nicht teilnehmende Gesellschafter nicht nur - wenn auch in geringerer Höhe - an dem Gewinn beteiligt, wobei den zahlungswilligen Gesellschaftern bereits die Abgabe auch nur eines geringen Gewinnanteils, den die nicht Zahlungswilligen ohne den Einsatz der Zahlenden niemals erlangt hätten, nicht zumutbar ist. Die nicht zum Einsatz neuen Kapitals bereiten Gesellschafter wären obendrein bei erfolgreicher Sanierung vor allem ohne jeden eigenen über die ursprüngliche Einlage hinausgehenden finanziellen Beitrag allein aufgrund der Tatsache, dass ihre Mitgesellschafter das Sanierungsrisiko auf sich genommen und das Gesellschaftsvermögen durch eigene - weitere - finanzielle Mittel aufgefüllt haben, zusätzlich - zumindest teilweise - von den auf sie entfallenden Gesellschaftsschulden frei geworden. Eine solche Finanzierung der Schuldenfreiheit unter gleichzeitiger Ermöglichung einer Gewinnteilnahme ist den finanzierenden Gesellschaftern im Verhältnis zu den nicht zahlungsbereiten Gesellschaftern ersichtlich nicht zumutbar. Angesichts dieser wirtschaftlichen Folgen kommt es entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung im Rahmen der Abwägung nicht darauf an, dass die Sanierung auch unter der Voraussetzung gelingen konnte, dass nicht alle Gesellschafter neues Kapital beisteuerten bzw. dass die Gläubigerbanken ihren Verzicht nicht von der Teilnahme aller Gesellschafter an der Kapitalerhöhung abhängig gemacht haben. Verhindert werden konnte der durch nichts zu rechtfertigende wirtschaftliche Vorteil der nicht zahlungsbereiten Gesellschafter hier nur durch ihr Ausscheiden.

32 (3) Schützenswerte Belange der nicht zahlungswilligen Gesellschafter stehen dem nicht entgegen. Diese Gesellschafter werden durch ihr Ausscheiden nicht schlechter, sondern sogar besser gestellt, als sie im Falle der Liquidation der Gesellschaft gestanden hätten. Statt der im Falle der sofortigen Zerschlagung aufzubringenden ca. 133 % ihres ursprünglichen Beitrages müssen sie wegen des mit der Fortführung zugleich verbundenen geringeren, der Auseinandersetzungsrechnung zugrunde zu legenden Liquidationsfehlbetrags nur ca. 120 % bezogen auf das ursprüngliche Eigenkapital zahlen. Selbst das von der Klägerin errechnete negative Auseinandersetzungsguthaben liegt erheblich unter dem Betrag, den die Beklagten im Falle der sofortigen Auflösung der Gesellschaft hätten zahlen müssen. Die Beklagten werden infolge ihres Ausscheidens also nicht etwa mit höheren Beiträgen im Sinne von "mittelbaren Nachschüssen" belastet, sondern stehen finanziell besser da, als sie infolge ihrer Haftung gemäß § 105 Abs. 3 HGB, § 735 BGB bei einer Liquidation stehen würden. Die Revisionserwiderung zeigt nicht auf, dass die Beklagten ihr hiergegen gerichtetes unsubstantiiertes erstinstanzliches Bestreiten in der Berufungsinstanz aufrechterhalten haben.

33 Die Beklagten zu 3 und 4 werden infolge ihres auf § 22 Abs. 2 d GV gestützten Ausscheiden so gestellt, wie es ihrer persönlichen Finanzierungsentscheidung entspricht: Sie haben sich - zulässigerweise - gegen das mit der Sanierung möglicherweise verbundene finanzielle Risiko des Verlustes weiteren, aus ihrem Privatvermögen aufzubringenden Kapitals entschieden; darin lag aber angesichts der finanziellen Situation der Klägerin zugleich die Entscheidung gegen die Fortführung und damit angesichts der Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zwangsläufig für deren Auflösung. Die finanziellen Folgen der Auflösung müssen sie tragen; es ist nicht gerechtfertigt, diese zu einem nicht geringen Teil auf die fortführungs- und deshalb zahlungswilligen Mitgesellschafter abzuwälzen. Hingegen liefe die Ansicht der Beklagten darauf

hinaus, dass den sanierungswilligen Gesellschaftern (unter Inkaufnahme der finanziellen Folgen einer solchen Zerschlagungssituation) nur der Weg der Liquidation der Klägerin und nachfolgender Fortführung der Gesellschaft in anderer Zusammensetzung bliebe. Ein schützenswerter Grund, die sanierungswilligen Gesellschafter auf einen solchen, für sie mit höheren finanziellen Belastungen und der Gefahr, die Unterstützung der Banken zu verlieren, verbundenen Weg zu zwingen, ist auf Seiten der nicht zahlungswilligen, aber zugleich gegenüber der Liquidationssituation geringer belasteten Gesellschafter nicht erkennbar.

34 III. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif. Das Berufungsgericht hat von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig keine Feststellungen zur zwischen den Parteien streitigen Höhe des von den Beklagten zu zahlenden Auseinandersetzungsbetrages getroffen. Dies wird es in der wiedereröffneten Berufungsverhandlung nachzuholen haben. Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass nach § 23 Abs. 1 GV die tatsächlichen Werte, d.h. die Verkehrswerte der Immobilien der Auseinandersetzungsrechnung zugrunde

zu legen sind, die von dem Sachverständigen im Rahmen des von beiden Seiten beantragten Sachverständigengutachtens auf den Zeitpunkt des Ausscheidens zu ermitteln sein werden.

Goette Caliebe Drescher

Löffler Bender

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 01.09.2006 - 100 O 141/05 -
KG, Entscheidung vom 19.09.2008 - 14 U 9/07 -