

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 133 B, C, 138 Bb; AktG 1965 §§ 243, 246;
GmbHG § 34 Abs. 2;

- a) Wird die Höhe des den Gesellschaftern einer GmbH für den Fall der Zwangseinziehung ihres Geschäftsanteiles zu gewährenden Abfindungsanspruches durch Änderung oder Ergänzung des Gesellschaftsvertrages reduziert, liegt darin eine Erweiterung der Voraussetzungen der Zwangseinziehung, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.
- b) Einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Bestimmung, in der die Abfindung der Gesellschafter bei deren Ausscheiden aus der Gesellschaft geregelt wird, kommt körperschaftsrechtlicher Charakter zu. Sie unterliegt der unbeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Die Gesellschaft betreffende Unterlagen, die zum Handelsregister eingereicht und damit der Allgemeinheit zugänglich gemacht worden sind, insbesondere frühere vertragliche Regelungen dieser Art, können zur Auslegung dieser Vorschrift herangezogen werden.
- c) Der Abfindungsbetrag ist nach dem vollen wirtschaftlichen Wert (Verkehrswert) des Geschäftsanteiles zu bemessen, soweit der Gesellschaftsvertrag keine davon abweichende, seine Höhe beschränkende Abfindungsklausel enthält. Eine Beschränkung des Abfindungsanspruches unterliegt den Grenzen des § 138 BGB. Sie ist dann als nichtig anzusehen, wenn die mit ihr verbundene Einschränkung des Abflusses von Gesellschaftskapital

tal vollkommen außer Verhältnis zu der Beschränkung steht, die erforderlich ist, um im Interesse der verbleibenden Gesellschafter den Fortbestand der Gesellschaft und die Fortführung des Unternehmens zu sichern.

- d) Das Recht des Gesellschafters einer GmbH, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft auszutreten, gehört zu seinen zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten. Es darf nicht in unzulässiger Weise eingeschränkt werden. Führt die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Abfindungsbeschränkung zu einem groben Mißverhältnis zwischen dem vertraglichen und dem nach dem Verkehrswert zu bemessenden Abfindungsanspruch, wird das Austrittsrecht des Gesellschafters in unzulässiger Weise eingeschränkt. An die Stelle der dadurch unwirksam gewordenen gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklausel tritt ein Anspruch auf auf Gewährung einer angemessenen Abfindung.
- e) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter. Eine Abfindungsklausel, nach der den Gesellschaftern ein Abfindungsanspruch zusteht, dessen Höhe sich aus dem Nennwert des Geschäftsanteils und einem nach Jahren der Gesellschaftszugehörigkeit bemessenen, nach größeren Zeitabschnitten gestaffelten, durch einen Höchstbetrag begrenzten Betrag errechnet, verletzt diesen Grundsatz nicht.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 58/91

URTEIL

Verkündet am:
16. Dezember 1991
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit



Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 1991 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Brandes, Dr. Henze, Stodolkowitz und Dr. Goette

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 10. Januar 1991 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind Gesellschafter der Beklagten, einer in der Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung geführten Binnenschiffervereinigung des Unterwesergebietes. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit der Abfindungsregelung, die in dem am 9. Dezember 1989 von der Gesellschafterversammlung der Beklagten mit mehr als 3/4 der abgegebenen Stimmen beschlossenen, zwischenzeitlich in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaftsvertrag für ausscheidende Gesellschafter getroffen worden ist.

Nach dessen § 7 sind die Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt, aus der Gesellschaft auszuscheiden. Der Geschäftsanteil des Gesellschafters ist einzuziehen, wenn er gepfändet oder über das Vermögen des Gesellschafters das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet worden und es dem Gesellschafter nicht gelungen ist, binnen einer ihm von der Gesellschaft eingeräumten Frist von drei Monaten die Pfändung aufheben zu lassen oder den Konkurs abzuwenden, ferner dann, wenn der Gesellschafter aus der Gesellschaft austritt, soweit die Gesellschaft nicht eine Abtretung an sich oder eine von ihr zu bezeichnende Person verlangt oder der Gesellschafter - vorbehaltlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung - seinen Geschäftsanteil einer Person überträgt, welche die satzungsmäßigen Voraussetzungen der Gesellschaftereigenschaft (vgl. § 6) erfüllt und der Gesellschaft beitritt. § 9 beschränkt den Anspruch der nach dem 31. Dezember 1988 der Gesellschaft beigetretenen Gesellschafter bei deren Ausscheiden auf die Rückzahlung ihrer Stammeinlage. Den übrigen Gesellschaftern steht für

jedes vor dem 31. Dezember 1988 liegende Jahr der Mitgliedschaft ein Betrag von 1.000,-- DM zu, der sich vom elften bis zum fünfzehnten Mitgliedsjahr um jährlich 250,-- DM und ab dem sechzehnten Jahr der Zugehörigkeit zur Gesellschaft um weitere 100,-- DM pro Jahr erhöht.

Die Kläger sind der Ansicht, diese Neuregelung der Abfindung habe nur mit ihrer Zustimmung wirksam beschlossen werden können, weil sie zu einer Verkürzung ihres früheren, auf der Grundlage des Verkehrswertes zu ermittelnden Abfindungsanspruches führe. Sie sei im Hinblick auf die große Diskrepanz zwischen Nennbetrag und Anteilswert nichtig, erschwere das Austrittsrecht der Gesellschafter und begünstige ohne sachlich rechtfertigenden Grund einen Teil von ihnen.

Nach Ansicht der Beklagten verkürzt die neue Regelung die Abfindungsansprüche der Gesellschafter nicht. Der Gesellschaftsvertrag in der Fassung vom 31. März 1956 habe eine Abfindung zum Nennwert vorgesehen. Die späteren auf Satzungsänderungen beruhenden Fassungen, zuletzt diejenige vom 23. April 1977, hätten das durch die in § 8 Abs. 3 getroffene Regelung zum Ausdruck gebracht, der die Abfindung zum Nennwert zugrunde liege.

Die Beschränkung des Abfindungsanspruchs rechtfertige sich vor allem aus der Zielsetzung der Beklagten, langfristig die wirtschaftliche Existenz ihrer Mitglieder sicherzustellen und ihnen in Havariefällen die für die Reparatur oder den Neuerwerb von Schiffen erforderlichen Mittel zur Verfügung zu stellen.

Das Landgericht hat die Unwirksamkeit des § 9 der am 9. Dezember 1989 beschlossenen Satzung festgestellt. Das Berufungsgericht hat die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht sieht in einer gesellschaftsvertraglichen Änderung, aufgrund deren der Abfindungsanspruch der aus einer GmbH ausscheidenden Gesellschafter nicht mehr entsprechend der bisherigen Regelung nach dem Verkehrswert des Geschäftsanteils bemessen, sondern auf dessen Nennwert festgesetzt wird, eine Maßnahme, die zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung der betroffenen Gesellschafter gemäß § 53 Abs. 3 GmbHG bedürfe. Die Revision hält diese Ansicht schon deswegen für unzutreffend, weil in einem derartigen Falle eine Verkürzung von Gesellschafterrechten und nicht, wie es § 53 Abs. 3 GmbHG voraussetze, eine Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen eintrete.

Der Revision ist allerdings einzuräumen, daß die in § 9 des Gesellschaftsvertrages vom 9. Dezember 1989 getroffene Regelung auf der Grundlage des Vortrages der Kläger, nach dem alten Gesellschaftsvertrag habe die Abfindung nach dem Verkehrswert des Anteils vorgenommen werden müssen, nicht zu einer Vermehrung der Leistungen, sondern zu einer Verkürzung

der Rechte der Gesellschafter führt. Eine Anwendung des § 53 Abs. 3 GmbHG auf die Verkürzung von Gesellschafterrechten durch Änderung des Gesellschaftsvertrages wird in der Literatur einhellig abgelehnt (Scholz/Priester, GmbHG, 7. Aufl., § 53 Rdn. 53 m.w.N. in FN 82; Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl., § 53 Rdn. 77; Rowedder/Zimmermann, GmbHG, 2. Aufl., § 53 Rdn. 47; vgl. auch Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 13. Aufl., § 53 Rdn. 20/22; Baumbach/Zöllner, GmbHG, 15. Aufl., § 53 Rdn. 16/19).

Zu Recht weist die Revisionserwiderung jedoch darauf hin, daß eine Einschränkung des Abfindungsrechts die Einziehung des Geschäftsanteils erleichtert. Ob das die Voraussetzungen einer Leistungsvermehrung im Sinne des § 53 Abs. 3 GmbHG erfüllt (so Rowedder/Zimmermann aaO § 53 Rdn. 45), kann dahingestellt bleiben. Wird die Höhe des einem Gesellschafter bei Zwangseinziehung des Geschäftsanteils zu gewährenden Abfindungsanspruches durch Regelung im Gesellschaftsvertrag nachträglich eingeschränkt, liegt darin eine Erweiterung der Voraussetzungen für die Zwangseinziehung im Sinne des § 34 Abs. 2 GmbHG (vgl. Baumbach/Hueck aaO § 34 Rdn. 6, 18; Scholz/H. P. Westermann aaO § 34 Rdn. 19, 26; Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 78, 34 f.; Paulick, GmbHR 1978, 121, 124 m.w.N.; offengelassen bei Lutter/Hommelhoff aaO § 34 Rdn. 1). Da diese Änderung im Verhältnis zu allen Gesellschaftern der Beklagten vorgenommen worden ist, bedurfte sie auch der Zustimmung aller Gesellschafter. Haben diese nicht alle zugestimmt, ist die Satzungsänderung gescheitert. Die entsprechende Klausel ist dann nach § 34 Abs. 2 GmbHG unwirksam (Rowedder/Zimmermann aaO § 53 Rdn. 59, 53 m.w.N.; Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 37). Nach den vom Beru-

fungsgesamt getroffenen Feststellungen haben zumindest die Kläger der Änderung des Gesellschaftsvertrages nicht zugestimmt. Die in § 9 des geänderten Gesellschaftsvertrages vom 9. Dezember 1989 für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters und der damit nach § 7 Abs. 5 einhergehenden Einziehung des Geschäftsanteils enthaltene Abfindungsregelung stellt nach dem für die Revisionsinstanz zugrunde zu legenden Parteivortrag eine Schlechterstellung gegenüber der bis zum 8. Dezember 1989 maßgebenden Regelung dar. Sie ist unter diesen Voraussetzungen unwirksam.

II.

Der von der Gesellschafterversammlung der Beklagten am 23. April 1977 beschlossene Gesellschaftsvertrag regelte eine Abfindung der Gesellschafter zum Nennwert. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Bestimmung des § 8 Abs. 3 liege die Abfindung nach dem Verkehrswert zugrunde, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Gesellschaftsvertrages vom 23. April 1977 unterliegt der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Das Recht eines Gesellschafters, bei Ausscheiden aus der Gesellschaft eine Abfindung zu erhalten, wird zu seinen Grundmitgliedsrechten gerechnet (vgl. dazu K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 16 III 3 a, bb; Scholz/Priester aaO § 53 Rdn. 46, 105). Da dieses Recht die gegenwärtigen und künftigen Gesellschafter betrifft und auch für Gesellschaftsgläubiger von Bedeutung ist, kommt ihm körperschaftsrechtlicher Charakter zu (vgl. dazu und zur Abgrenzung von individual-

rechtlichen Bestimmungen Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl., § 2 Rdn. 139, 142 ff.; Baumbach/Hueck aaO § 2 Rdn. 27 f.; Lutter/Hommelhoff aaO § 2 Rdn. 10 m.w.N.). Die Auslegung einer solchen gesellschaftsvertraglichen Bestimmung unterliegt der unbeschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht (BGHZ 14, 25, 36 f.; 27, 297, 300).

2. Die Auslegung des Gesellschaftsvertrages vom 23. April 1977 führt zu dem Ergebnis, daß § 8 Abs. 3 den Gesellschaftern bei Ausscheiden aus der Beklagten lediglich einen Anspruch auf Abfindung zum Nennwert des Geschäftsanteils gewährte.

a) § 6 Abs. 3 dieses Vertrages schreibt die Einziehung des Geschäftsanteils eines kündigenden Gesellschafters vor, soweit ihn nicht die Gesellschaft selbst übernimmt. § 8 des Vertrages, der in Absatz 2 auf diese Vorschrift Bezug nimmt, trifft in Absatz 3 folgende Regelung:

"Wenn zu dem Zeitpunkt, zu dem die Einziehung des Geschäftsanteils erfolgt, nach der für die Gesellschaft aufgestellten Bilanz ein Gesellschaftsvermögen festgestellt wird, das unter dem Betrag des Gesellschaftskapitals liegt, ist die Stammeinlage in dem gleichen Verhältnis zu kürzen, in dem das Gesellschaftsvermögen hinter dem Gesellschaftskapital zurückbleibt."

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts erscheint es ausgeschlossen, daß dieser Bestimmung die Abfindung zum Verkehrswert des Geschäftsanteils zugrunde liegt. Unter dem Verkehrswert ist der volle wirtschaftliche Wert des Anteils zu verstehen, der für die Ermittlung des Abfindungsbetrages dann maßgebend ist, wenn der Gesellschaftsvertrag keine anderweitige Regelung trifft (BGHZ 9, 157, 168; Scholz/

H. P. Westermann aaO § 34 Rdn. 19; Lutter/Hommelhoff aaO § 34 Rdn. 27; Baumbach/Hueck aaO § 34 Rdn. 18). Ginge man von einer Regelung im Sinne einer Verkehrswertabfindung aus, hätte das nach dem Gesellschaftsvertrag zur Folge, daß die Abfindung dann nach dem Verkehrswert vorzunehmen ist, wenn das in der Bilanz ausgewiesene Gesellschaftsvermögen das Stammkapital übersteigt, der ausscheidende Gesellschafter hingegen zum Nennwert abzufinden ist, wenn dieses Vermögen das Stammkapital nicht deckt. Dieses Nebeneinander der Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert des Anteils und dem Nennwert, der zusätzlich in dem Verhältnis zu kürzen ist, in dem das aus der Jahresbilanz ersichtliche Vermögen hinter der Stammkapitalziffer zurückbleibt, kann zu einer unterschiedlichen, sachlich nicht gerechtfertigten Behandlung der Gesellschafter führen, die hinzunehmen einem ausscheidenden Gesellschafter nicht zugemutet werden kann. Liegt z.B. das in der Jahresbilanz ausgewiesene Gesellschaftsvermögen nur geringfügig über der Stammkapitalziffer, müßten in den Abfindungsanspruch die stillen Reserven und u.U. auch der goodwill einbezogen werden. Umgekehrt müßte verfahren werden, wenn das Gesellschaftsvermögen nur geringfügig unter der Stammkapitalziffer läge. Das kann für den Gesellschafter bedeuten, daß der ihm anteilig auszuzahlende Mehr- oder Minderbetrag erheblich, und zwar weit höher ist als der Betrag, um den das Stammkapital über- bzw. unterschritten wird. Berücksichtigt man außerdem, daß die Höhe des Gesellschaftsvermögens weitgehend von der Ausübung des Ermessens abhängig ist, dem die Bewertung des Vermögens unterliegt und von dem in sehr unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht werden kann, wird deutlich, daß eine solche Abfindungspraxis auch zu willkürlichen Ergebnissen führen

kann. Es erscheint ausgeschlossen, daß die Gesellschafter, die über die Fassung des Gesellschaftsvertrages vom 23. April 1977 Beschluß gefaßt haben, derart unterschiedliche Verfahrensweisen gewollt und die aufgezeigten willkürlichen Ergebnisse in Kauf genommen haben.

b) Hingegen erscheint die Regelung dann sinnvoll, wenn die Gesellschafter, wie die Beklagte behauptet, von einer Abfindung nach Nennwerten ausgegangen sind. In diesem Falle kommt eine Kürzung des Nennwertes so lange nicht in Betracht, als die Gesellschaft noch über einen in der Bilanz ausgewiesenen Vermögenswert, der die Höhe des Stammkapitals erreicht oder übersteigt, verfügt. Ersichtlich sollte die Frage, in welchem Maße das Abfindungsrecht des ausscheidenden Gesellschafters eingeschränkt werden und hinter dem Interesse der verbleibenden Gesellschafter, die Fortführung der Gesellschaft zu sichern, zurücktreten sollte (vgl. zu diesem Interessenwiderstreit Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 8 IV 3; K. Schmidt aaO § 50 IV 2 b; Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 79), nicht an die Regelung des § 30 Absatz 1 GmbHG gekoppelt werden. Vielmehr sollte für die Abfindung der Nennwert nur als Höchstbetrag maßgebend sein und eine verhältnismäßige Kürzung des Nennwertes bereits dann einsetzen, sobald der Buchwert des Vermögens die Kapitalziffer nicht mehr deckte.

c) Dieses aus Wortlaut, Inhalt und Zweck des Gesellschaftsvertrages vom 23. April 1977 gewonnene Auslegungsergebnis wird durch frühere gesellschaftsvertragliche Regelungen bestätigt. Da diese zum Handelsregister eingereicht worden sind (vgl. § 54 Abs. 1 GmbHG) und ihr Inhalt damit

der Allgemeinheit zugänglich ist, können sie zur Auslegung der körperschaftsrechtlichen Bestandteile des Gesellschaftsvertrages herangezogen werden (Ulmer in Hachenburg aaO § 2 Rdn. 145; Scholz/Emmerich aaO § 2 Rdn. 37; Lutter/Hommelhoff aaO § 2 Rdn. 11; Baumbach/Hueck aaO § 2 Rdn. 27; K. Schmidt aaO § 5 I 4; differenzierend und weitergehend Wiedemann aaO § 3 II 2 a).

Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist die Abfindung zum Nennwert in dem ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vom 31. März 1956 wie folgt geregelt gewesen:

"Mit der Einziehung erlöschen alle Rechte, die dem betroffenen Gesellschafter zustehen. An die Stelle des eingezogenen Gesellschaftsanteils tritt dessen Geldwert. Der ausscheidende Gesellschafter hat nur Anspruch auf Auszahlung seiner Stammeinlage. An stillen Reserven und am sonstigen Vermögen hat er keinen Anspruch."

Hier ist ausdrücklich klargestellt, daß der ausscheidende Gesellschafter nur einen Anspruch auf Auszahlung seiner Stammeinlage hat, nicht aber an den stillen Reserven und an dem sonstigen Gesellschaftsvermögen beteiligt ist. Diese Bestimmung ist in die auf Satzungsänderungen beruhenden Neufassungen des Gesellschaftsvertrages vom 31. März 1962, 24. April 1971 und 23. April 1977 nicht aufgenommen, sondern durch die bereits erwähnte Kürzungsregelung ersetzt worden. Diese schließt dadurch, daß sie eine Kürzung der Stammeinlage in dem Verhältnis vorsieht, in dem das Gesellschaftsvermögen unter dem Betrag des Stammkapitals liegt, nach Wortlaut und Inhalt nahtlos an die Vorschrift des Vertrages vom 31. März 1956 an, nach welcher der ausscheidende

Gesellschafter nur Anspruch auf Auszahlung seiner Stammeinlage hat, hingegen stille Reserven und sonstiges Vermögen nicht in Ansatz gebracht werden. Als Zweck, den beide Bestimmungen verfolgen, kommt die Beschränkung der Abfindungsrechte ausscheidender Gesellschafter auf den Nennwert zum Ausdruck. Letztlich werden Zusammenhang und Abhängigkeit des Inhaltes beider Vorschriften auch dadurch belegt, daß die bis zum 9. Dezember 1989 gültige Regelung in unmittelbarem zeitlichem Anschluß an das Erlöschen der im Vertrag vom 31. März 1956 getroffenen Regelung an gleicher Stelle (§ 8) in die Vertragsfassungen vom 31. März 1962, 24. April 1971 und 23. April 1977 aufgenommen worden ist.

III.

Nach dem Vortrag der Parteien und den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen muß jedoch davon ausgegangen werden, daß diese Bestimmung wegen Beeinträchtigung des Austrittsrechtes der Gesellschafter aus wichtigem Grund unwirksam geworden und an die Stelle der Nennwertabfindung ein angemessener Abfindungsbetrag getreten war.

1. Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen des Abfindungsrechts eines GmbH-Gesellschafters sind aufgrund der Satzungsautonomie grundsätzlich zulässig (Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 78; Baumbach/Hueck aaO § 34 Rdn. 21; Rowedder aaO § 34 Rdn. 64). Ihr Zweck besteht darin, den Bestandsschutz der Gesellschaft durch Einschränkung des Kapitalabflusses zu gewährleisten und/oder die Berechnung der Höhe des Abfindungsanspruches zu vereinfachen (Wiedemann aaO § 8 IV 3; Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 79). Derartige Beschränkungen können jedoch auch unter

Berücksichtigung solcher Zwecke nicht schrankenlos vorgenommen werden. Sie unterliegen den Grenzen der Vorschrift des § 138 BGB (Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 87; Baumbach/Hueck aaO § 34 Rdn. 21; K. Schmidt aaO § 50 IV 2 b bb; einschränkend Scholz/H. P. Westermann aaO § 34 Rdn. 29). Diese greift jedoch nur in dem Falle ein, daß die getroffene Regelung bereits bei ihrer Entstehung grob unbillig ist (Kellermann aaO Seite 409 f.; K. Schmidt aaO § 50 IV 2 b; Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 87).

Ob diese Voraussetzungen im Zeitpunkt des Entstehens des Gesellschaftsvertrages vom 31. März 1956 oder seiner Änderungen vom 31. März 1962, 24. April 1971 und 23. April 1977 für die Abfindungsregelung des § 8 Abs. 3 gegeben waren, bedarf keiner näheren Prüfung. Auch wenn damals ein Verstoß gegen die guten Sitten vorgelegen haben und die engen Voraussetzungen des § 241 Nr. 4 AktG erfüllt gewesen sein sollten (vgl. dazu SenUrt. BGHZ 101, 113, 116), könnten sich die Kläger schon mit Rücksicht auf § 242 Absatz 2 AktG (zur Anwendbarkeit dieser Vorschrift im GmbH-Recht vgl. SenUrt. v. 14. November 1988 - II ZR 82/88, ZIP 1989, 163, 164 = WM 1989, 58, 60) nicht auf die Nichtigkeit berufen.

2. Nach dem Vortrag der Kläger ist zumindest im Jahre 1988 der wirtschaftliche Wert des Anteils von seinem Nennwert aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung der Beklagten in einer Weise abgewichen, die eine Abfindung zum Nennwert grob unbillig gemacht hätte. Daraus würde folgen, daß aufgrund des eingetretenen Mißverhältnisses zwischen Abfindung zum Nennwert und zum vollen wirtschaftlichen Wert das Recht der Kläger, aus der Beklagten auszutreten, in unzulässiger Weise eingeschränkt worden ist.

a) Dem Gesellschafter einer GmbH wird überwiegend das Recht zuerkannt, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes aus der Gesellschaft auszutreten (vgl. nur BGHZ 9, 157, 162 f. - obiter dictum; Baumbach/Hueck aaO Anhang § 34 Rdn. 15 m.w.N.). Dieses Recht gehört als Grundprinzip des Verbandsrechts zu den zwingenden, unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten (allg. Meinung, vgl. Ulmer in Hachenburg aaO Anhang § 34 Rdn. 44; Scholz/Winter aaO § 14 Rdn. 32; K. Schmidt aaO § 16 III 3 a; Flume, Allgemeiner Teil des BGB I 2, 1983, § 8 III Seite 280 f.; Wiedemann aaO § 7 IV 2 Seite 400 f.). Es kann dann geltend gemacht werden, wenn Umstände vorliegen, die dem austrittswilligen Gesellschafter den weiteren Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar machen (zu den Einzelheiten vgl. u.a. Ulmer in Hachenburg aaO Anhang § 34 Rdn. 49; Scholz/Winter aaO § 15 Rdn. 119; Baumbach/Hueck aaO Anhang § 34 Rdn. 16; Lutter/Hommelhoff aaO § 34 Rdn. 29; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I, § 7 IV 2 Seite 401; ders. Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften 1965, Seite 90 f.; K. Schmidt aaO § 35 IV 3 b; Balz, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH, 1984 Seite 106 f.).

Entsteht durch die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Abfindungsbeschränkung ein grobes Mißverhältnis zwischen dem vertraglichen Abfindungsanspruch und dem nach dem vollen wirtschaftlichen Wert zu bemessenden Anspruch, wird darin ein Umstand gesehen, durch den das Recht des austrittswilligen Gesellschafters, sich zum Austritt zu entschließen, in unvertretbarer Weise eingeengt wird (Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 92; Wiedemann, Gesellschaftsrecht I aaO, § 7 IV 2, Seite 401 f.; ders. Die Übertragung ... aaO Seite 92; zur

Unzulässigkeit der Beschränkung des Kündigungsrechts bei der Personengesellschaft vgl. SenUrt. v. 17. April 1989

- II ZR 258/88, ZIP 1989, 768; v. 24. September 1984
- II ZR 256/83, WM 1984, 1506; SenUrt. v. 28. Mai 1979
- II ZR 217/78, WM 1979, 1064, 1065).

b) Die Kläger haben den Jahresabschluß der Beklagten per 31. Dezember 1988 vorgelegt. Daraus ergibt sich ein Aktivvermögen der Gesellschaft in Höhe von 3,339 Mio. DM. Dem stehen auf der Passivseite das Stammkapital (225.000,-- DM), eine freie Rücklage (1.075.000,-- DM), ein Gewinnvortrag (911.929,81 DM) und ein Jahresüberschuß (112.525,71 DM) von insgesamt 2,325 Mio. DM, Steuer- und sonstige Rückstellungen von 99.383,-- DM sowie Verbindlichkeiten von 914.778,62 DM gegenüber. Ein ähnliches Bild ergibt sich aus dem von der Beklagten überreichten Jahresabschluß per 31. Dezember 1989. Hier stehen einem Aktivvermögen von 3,709 Mio. DM auf der Passivseite ein Betrag von 2,417 Mio. DM an Stammkapital, freien Rücklagen, Gewinnvortrag und Jahresüberschuß, Steuer- und sonstige Rückstellungen in Höhe von 215.864,-- DM und Verbindlichkeiten von 1,075 Mio. DM gegenüber. Die aus diesen Jahresabschlüssen ersichtliche Entwicklung der Wirtschafts- und Vermögensverhältnisse der Beklagten gibt jedoch nur einen Anhaltspunkt dafür, wie hoch der wirkliche Wert des Gesellschaftsanteils für den maßgeblichen Zeitraum war und ob demgemäß ein das Austrittsrecht der Gesellschafter unvertretbar einengendes Mißverhältnis zwischen der Abfindung zum Nennwert und derjenigen zum vollen wirtschaftlichen Wert des Gesellschaftsanteils eingetreten war. Ob diese Voraussetzung in tatsächlicher Hinsicht erfüllt war, muß das Berufungsgericht noch

feststellen. Dabei wird es prüfen müssen, ob im Hinblick darauf, daß die Verkehrsfähigkeit der Gesellschaftsanteile wegen der Voraussetzungen, an welche die Mitgliedschaft in der Beklagten geknüpft ist und von denen die Abtretbarkeit der Anteile nach der Satzung abhängt, in hohem Maße eingeschränkt ist, als Verkehrswert der Betrag zu gelten hat, den ein Dritter als Erwerber zahlen würde (vgl. Lutter/Hommelhoff aaO § 34 Rdn. 27; Scholz/H. P. Westermann aaO § 34 Rdn. 19; Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 73). Im Zweifel ist der Anteilswert auf der Grundlage des wirklichen Wertes des lebenden Unternehmens einschließlich der stillen Reserven und gegebenenfalls auch des goodwill zu errechnen. Dieser ergibt sich im allgemeinen aus dem Preis, der bei einer Veräußerung des Unternehmens als Einheit erzielt würde (vgl. zur Personengesellschaft BGHZ 17, 130, 136; SenUrt. v. 20. September 1971 - II ZR 157/68, WM 1971, 1450; v. 24. September 1984 - II ZR 256/83, WM 1984, 1506); er muß in der Regel durch Einholung eines Sachverständigengutachtens ermittelt werden. Das Berufungsgericht wird dabei auch darüber zu befinden haben, ob der Ermittlung des Unternehmenswertes mit der heute herrschenden Auffassung die Ertragswertmethode zugrunde zu legen ist oder ob es geboten erscheint, im vorliegenden Fall von der Substanzwertmethode auszugehen (vgl. im einzelnen SenUrt. v. 24. September 1984 - II ZR 256/83, WM 1984, 1506 m.w.N.; Stellungnahme HFA II/1983, Wpg. 1983, 468 ff.; Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 79 m.w.N. in Fn. 155 ff.; Baumbach/Hueck aaO § 34 Rdn. 25 m.w.N.; Rowedder aaO § 34 Rdn. 61; Großfeld, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 48 ff., 95 ff.; auch Scholz/H. P. Westermann aaO § 34 Rdn. 19, 24).

Das Berufungsgericht wird ferner zu prüfen haben, ob und gegebenenfalls in welchem Maße der Vortrag der Beklagten über ihre Zielsetzung für die Frage des Mißverhältnisses zwischen Abfindung zum Nennwert und nach dem wirklichen wirtschaftlichen Wert zu berücksichtigen ist, wie er sich in der von ihr überreichten Stellungnahme der Treuhand-Aktiengesellschaft O. vom 22. November 1979 niedergeschlagen hat.

Stellt es ein grobes Mißverhältnis fest und ist demnach von der Unwirksamkeit der Nennwertabfindung auszugehen, trat an ihre Stelle bis zum Eintritt der Wirksamkeit der Änderung des Gesellschaftsvertrages vom 9. Dezember 1989 (vgl. § 54 Abs. 3 GmbH) eine angemessene Abfindung, deren Bemessung unter Berücksichtigung der von den Beteiligten mit der Abfindungsregelung verfolgten Zwecke und der zwischenzeitlich eingetretenen Änderung der Verhältnisse, insbesondere der Ertrags- und Vermögenslage der Gesellschaft, zu erfolgen hat (SenUrt. v. 24. September 1984 aaO; vgl. auch SenUrt. v. 20. Juni 1983 - II ZR 237/82, WM 1983, 956; Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 106; Mayer, BB 1990, 1319, 1320).

IV.

Das Berufungsgericht muß sodann feststellen, ob § 9 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 9. Dezember 1989 den Abfindungsanspruch der Kläger im Vergleich zu der vorher maßgebenden Regelung einschränkt. Das ist dann der Fall, wenn der auf jeden der Kläger entfallende, unter Zugrundelegung eines angemessenen Abfindungsanspruchs ermittelte Betrag höher ist, als der Betrag, der jedem der Kläger nach

§ 9 des neuen Gesellschaftsvertrages zusteht und der sich aus dem Nennwert des Anteils sowie dem an der Dauer ihrer Zugehörigkeit zur Beklagten orientierten, nach Jahren bemessenen und für bestimmte Zeiträume der Höhe nach gestaffelten Betrag zusammensetzt. Unter diesen Umständen wären die Voraussetzungen für die Zwangseinzziehung im Sinne des § 34 Abs. 2 GmbHG erweitert worden. Da die Kläger dieser Regelung nicht zugestimmt haben, wäre sie im Verhältnis zu ihnen unwirksam. Da davon auszugehen ist, daß die übrigen Gesellschafter der neuen Regelung nur unter der Voraussetzung zugestimmt haben, daß sie gegenüber allen Gesellschaftern wirksam wird, wäre die Änderung des Gesellschaftsvertrages in diesem Punkte gescheitert und somit im Verhältnis zu allen Gesellschaftern unwirksam.

V.

Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß § 9 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 9. Dezember 1989 keine für die Kläger im Vergleich zu dem früheren Rechtszustand ungünstige Regelung enthält, wird es die Nichtigkeit der Bestimmung nach dem Vortrag der Kläger noch unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB prüfen müssen.

1. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist die Klausel allerdings nicht wegen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nichtig. Selbst wenn man einen solchen Verstoß unterstellt, würde das nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Anfechtbarkeit entsprechend § 243 AktG führen (BGHZ 111, 224, 227; Lutter/Hommelhoff aaO § 14 Rdn. 15; Ulmer in Hachenburg aaO § 14 Rdn. 73; Scholz/

Winter aaO § 14 Rdn. 47; Scholz/K. Schmidt aaO § 15 Rdn. 105; Baumbach/Zöllner aaO Anhang § 47 Rdn. 48; Rowedder/Koppensteiner aaO § 47 Rdn. 102; K. Schmidt aaO § 16 II 4 b ee). Der auf Feststellung der Nichtigkeit gerichtete Klagantrag kann jedoch als Antrag ausgelegt werden, die angegriffene Klausel für nichtig zu erklären. Aber auch eine Anfechtungsklage kann keinen Erfolg haben, weil § 9 des am 9. Dezember 1989 geänderten Gesellschaftsvertrages keinen Verstoß gegen die Gleichbehandlung der Gesellschafter enthält.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Gesellschafter (Ulmer in Hachenburg aaO § 14 Rdn. 68/70; Scholz/Winter aaO § 14 Rdn. 45; Baumbach/Hueck aaO § 13 Rdn. 36; Lutter/Hommelhoff aaO § 14 Rdn. 15; K. Schmidt aaO § 16 II 4 b aa; für das Aktienrecht BGHZ 33, 175, 186). Das bedeutet nicht, daß die Gewährung unterschiedlicher Rechte im Gesellschaftsvertrag nicht erlaubt ist. Sie muß lediglich sachlich berechtigt sein und darf nicht den Charakter der Willkür tragen (BGHZ aaO; K. Schmidt aaO; Scholz/Winter aaO). Es ist zunächst festzustellen, daß eine Gleichbehandlung der Gesellschafter insoweit gewährleistet ist, als sie bei Einziehung des Geschäftsanteils den Nennbetrag ihres Geschäftsanteils zurückerhalten (§ 9 Abs. 9; § 13 Abs. 4 i.V.m. § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages). Eine Gleichbehandlung erfolgt auch insoweit, als die auf den 31. Dezember 1988 folgenden Jahre der Zugehörigkeit zur Gesellschaft keinen Gesellschafter berechtigen, für diese Zeit einen Abfindungsbetrag zu verlangen. Eine unterschiedliche Behandlung setzt da ein, wo den Gesellschaftern für die Zugehörigkeit für den

vor dem 31. Dezember 1988 liegenden Zeitraum nach Jahren bemessene Abfindungsbeträge, diese nach größeren Zeitabschnitten wiederum gestaffelt, bis zu einem bestimmten Höchstbetrag beim Ausscheiden aus der Gesellschaft zuerkannt werden. Das ist jedoch sachlich nicht ungerechtfertigt. Die Gewinne der Gesellschaft, die jährlich erwirtschaftet und in der Regel auch jährlich an die Gesellschafter ausgeschüttet werden, sind nach dem Verhältnis der Beteiligung zu bemessen. Die Zeitkomponente der Zugehörigkeit zur Gesellschaft ist hier ohne Bedeutung. Das kann jedoch bei dem Abfindungsanspruch anders gesehen werden. Die Gesellschaft hat mit Hilfe des Stammkapitals im Laufe der Jahre Vermögen erwirtschaftet, das sie für weitere unternehmerische Maßnahmen gewinnbringend einsetzen kann. Daran waren später eingetretene Gesellschafter mit ihrem Einlagekapital nicht beteiligt. Es erscheint nicht willkürlich, Gesellschaftern, deren Kapital für einen zurückliegenden Zeitraum der Gesellschaft zur Verfügung gestanden hat, dafür einen höheren Abfindungsanspruch zu gewähren als den Gesellschaftern, die der Gesellschaft erst später beigetreten sind. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es auch nicht willkürlich, wenn für gestaffelt gewählte Zeiträume unterschiedlich hohe Beträge gewährt werden. Das gilt zumindest dann, wenn die Gesellschaft in der Vergangenheit hinreichend Vermögen erwirtschaftet hat und die Gesellschafter keinen Anspruch auf Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert ihres Geschäftsanteils haben. Die Kläger tragen selbst vor, daß die Beklagte über erhebliches Vermögen verfügt, das sie in der Vergangenheit erwirtschaftet und thesauriert hat. Dann kann es aber auch kein auf Willkür beruhendes Unrecht sein, wenn die Beklagte in dem dargelegten Rahmen ihren Gesellschaftern einen nach

der Dauer der Mitgliedschaft gestaffelten Abfindungsbetrag zubilligt.

2. Die Revisionserwiderung hält die angegriffene Abfindungsregelung gemäß § 138 Absatz 1 BGB für nichtig, weil eine Abfindung zum Nennwert außer Verhältnis zu der Abfindung nach dem vollen wirtschaftlichen Wert des Geschäftsanteils stehe.

a) Allerdings macht ein Verstoß gegen § 138 Absatz 1 BGB einen Gesellschafterbeschuß nicht ohne weiteres nichtig. Sittenwidrige Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH sind entsprechend § 241 Nummer 4 AktG nur dann nichtig, wenn sie durch ihren Inhalt gegen die guten Sitten verstoßen. Diese Voraussetzung ist vorliegend schon deswegen nicht erfüllt, weil der Beschußinhalt - die Abfindung der ausscheidenden Gesellschafter zum Nennwert - für sich allein betrachtet nicht sittenwidrig ist. Beschlüsse, die nicht nach ihrem Inhalt, sondern nach Beweggrund, Zweck oder der Art ihres Zustandekommens die Voraussetzungen des § 138 Absatz 1 BGB erfüllen, sind grundsätzlich nur anfechtbar. Die Umstände, welche die Beklagte nach ihrem Vortrag veranlaßt haben, von der Abfindung zum Verkehrswert Abstand zu nehmen und die Abfindung zum Nennwert zuzüglich der in § 9 des Gesellschaftsvertrages aufgeführten Beträge vorzusehen, gehören nicht zum Inhalt des Beschlusses der Gesellschafter, sondern sind als Beweggrund für die Regelung anzusehen, mit denen ein bestimmter Zweck verfolgt wird. Der angegriffene Beschuß ist daher nur anfechtbar im Sinne des § 246 AktG.

b) Der Nichtigkeitsantrag kann, wie bereits dargelegt, als Anfechtungsantrag ausgelegt werden. Die Anfechtungsklage ist rechtzeitig erhoben worden.

Wie der Senat schon früher ausgesprochen hat, gilt für die Anfechtungsklage im GmbH-Recht eine angemessene, nach den Umständen des Einzelfalles zu bemessende Anfechtungsfrist, für die als Leitbild die Monatsfrist des § 246 Absatz 1 AktG herangezogen werden kann (BGHZ 111, 224, 225). Die Klage ist am 8. Januar 1990 bei dem Landgericht eingegangen. Ihre Zustellung ist jedoch erst am 5. Februar 1990, also vier Wochen nach Eingang, vorgenommen worden, weil die Klageschrift die genaue ladungsfähige Anschrift der Beklagten nicht enthielt. Diese Zustellung kann noch als "demnächst" im Sinne des § 270 Abs. 3 ZPO angesehen werden, weil die Verzögerung bei der Mitteilung der Anschrift zu einem großen Teil dadurch eingetreten ist, daß die Kanzlei des Landgerichts zur Ausführung der richterlichen Verfügung allein dreizehn Tage benötigt hat (vgl. den ähnlich gelagerten Fall BGHZ 86, 313, 322 f.).

c) Nach dem Vortrag der Kläger ist es nicht ausgeschlossen, daß die in § 9 getroffene Abfindungsregelung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Ein an dem Maßstab der Beteiligung des Gesellschafters ausgerichtetes Abfindungsrecht hat die Höhe des Abfindungsanspruchs grundsätzlich an dem vollen wirtschaftlichen Wert des Geschäftsanteils zu messen (§§ 14, 29 Abs. 3, 72 GmbHG). Sieht daher der Gesellschaftsvertrag eine Abfindungsklausel nicht vor, ist der Verkehrswert des Anteils maßgebend. Insoweit gelten die zu seiner

Ermittlung bereits früher dargestellten Erwägungen (vgl. III. 2. b). Da § 9 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 9. Dezember 1989 gegenüber dem früheren Rechtszustand eine Neuregelung enthält und die frühere Regelung nichtig war, ist die Abfindung grundsätzlich nach dem Verkehrswert vorzunehmen, soweit auch die Neuregelung nichtig ist. Die Abfindung nach § 9 weicht von dem Verkehrswert dann in vollkommen unangemessener Weise ab, wenn das an dem gesellschaftlichen Zweck ausgerichtete Interesse der verbleibenden Gesellschafter an dem Fortbestand der Gesellschaft und des Unternehmens eine derart weitgehende Beschneidung des Abfindungsrechtes nicht erforderlich erscheinen läßt und der an dem Unternehmenswert auszurichtende volle wirtschaftliche Anteilswert den Nennwert erheblich übersteigt, möglicherweise ein Vielfaches des Nennwertes ausmacht. Unter dieser Voraussetzung stellt sich die Beschränkung des Abfindungsrechtes als willkürlich und bar jeder sachlichen Rechtfertigung dar. Ist das der Fall, erscheint die Abfindung zum Nennwert unangemessen und damit sittenwidrig (Ulmer in Hachenburg aaO § 34 Rdn. 105). Eine mögliche Differenz zwischen der Abfindung nach § 9 und der Abfindung zum Verkehrswert ist in gleicher Weise zu berechnen, wie das für den Unterschiedsbetrag zwischen der angemessenen Abfindung und derjenigen nach § 9 geschehen ist (vgl. III. 2. c). An die Stelle des angemessenen Abfindungswertes tritt jedoch der volle wirtschaftliche Wert (Verkehrswert). Ob und gegebenenfalls in welcher Höhe im vorliegenden Falle der angemessene Abfindungswert von dem vollen wirtschaftlichen Wert tatsächlich abweicht, bleibt der Feststellung durch das Berufungsgericht vorbehalten.

VI.

Der Rechtsstreit war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien - noch die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Boujong

Brandes

Dr. Henze

Stodolkowitz

Dr. Goette