

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 80/83

URTEIL

Verkündet am
17. Oktober 1983
Kanik
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hermann B [REDACTED], Ba[REDACTED]kamp [REDACTED]
Beedenbostel,

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Günter R [REDACTED] als Verwalter
im Konkurs über das Vermögen der be[REDACTED]-Fenster GmbH,
Bee[REDACTED], Sp[REDACTED]str. [REDACTED], C[REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1983 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Fleck, Dr. Bauer, Bundschuh und Brandes

für Recht **erkannt:**

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 23. Februar 1983 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der be- Fenster GmbH. Deren Gesellschafter waren ursprünglich Fritz B., Heinrich B. und der Beklagte Hermann B.. Nach dem Gesellschaftsvertrag (§ 9) kann ein Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis gegenüber den anderen Gesellschaftern zum 31. Dezember eines jeden Jahres mit einer Frist von 6 Monaten kündigen. Derjenige Gesellschafter, dem gegenüber gekündigt wird, hat das Recht, den Geschäftsanteil des Kündigenden zu einem bestimmten Wert zu übernehmen. Die Übernahme hat er innerhalb eines Monats nach dem Zugang der Kündigung

- 3 -

zu erklären. Geschieht dies nicht, endet die Gesellschaft mit Ablauf der Kündigungsfrist. Anderenfalls geht der Geschäftsanteil des Kündigenden zu demselben Zeitpunkt auf den anderen Gesellschafter über.

Durch Schreiben vom 28. Juni 1979 kündigte Heinrich B. den Gesellschaftsvertrag. Am 8. November 1979 faßten die drei Gesellschafter einen Beschluß, wonach sie über folgendes einig waren: Heinrich B. sollte mit Wirkung vom 31. Dezember 1979 aus der Gesellschaft ausscheiden. Bis zu diesem Zeitpunkt sollten eine Abfindungsvereinbarung ausgehandelt und alle Darlehensansprüche des Ausscheidenden sowie deren Rückführung vereinbart werden. Dieser Beschluß ist bis heute nicht durchgeführt worden. Durch Vertrag vom 15. August 1980 trat Fritz B. seinen Geschäftsanteil an den Beklagten ab.

Seit 1979 war der Beklagte einziger Geschäftsführer mit Alleinvertretungsbefugnis. Er entnahm der Gesellschaftskasse im Jahre 1980 150.428 DM und im Jahre 1981 31.895,71 DM und verbuchte diese Beträge über sein Gehaltskonto.

Der Kläger fordert diese Entnahmen teilweise zurück. Im Streit ist noch ein Betrag von 60.081 DM. Dazu hat der Beklagte behauptet, es handle sich um eine umsatzabhängige Tantieme, deren Auszahlung an sich er auf einer Gesellschafterversammlung am 20. August 1980 beschlossen habe. Der Kläger hält diesen Beschluß für nichtig, weil Heinrich B. an ihm nicht mitgewirkt



habe und zur Gesellschafterversammlung auch nicht eingeladen worden sei. Er hat unter anderem beantragt, den Beklagten zur Rückzahlung der Tantieme von 60.081 DM zu verurteilen.

Der Beklagte ist der Ansicht, Heinrich B. [REDACTED] sei nach der Kündigung des Gesellschaftsvertrages nicht mehr stimmberechtigt gewesen und habe deshalb zu der Gesellschafterversammlung nicht eingeladen werden müssen.

Beide Vorinstanzen haben den Beklagten in Höhe der noch streitigen 60.081 DM zur Zahlung verurteilt. Mit der Revision, die der Kläger zurückzuweisen beantragt, möchte der Beklagte insoweit die Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht (Urteilsabdr. in ZIP 1983, 442 und WM 1983, 425) hält die Entnahme der Tantieme von 60.081 DM für unberechtigt und den Beklagten deshalb für verpflichtet, sie zurückzuzahlen. Der vom Beklagten behauptete, die Auszahlung bewilligende Gesellschafterbeschuß vom 20. August 1980 sei nichtig, weil Heinrich Beilfuß, obwohl teilnahme- und stimmberechtigt, zu der Gesellschafterversammlung nicht eingeladen worden sei. Dem ist zuzustimmen.

1. Am 20. August 1980 war Heinrich B. noch Gesellschafter. Nach der Satzung der Beklagten führte seine Kündigungserklärung nicht von selbst zum Ausscheiden aus der Gesellschaft, sondern berechnigte den Empfänger nur dazu, seinen Geschäftsanteil binnen Monatsfrist zu übernehmen. Das ist nicht geschehen. Auch der vom Kläger als "Absichtserklärung" bezeichnete Gesellschafterbeschluss vom 8. November 1979, der unabhängig von den Kündigungsbestimmungen der Satzung das Aushandeln einer Abfindungsvereinbarung mit Heinrich B. und alsdann dessen Ausscheiden vorsah, ist nicht durchgeführt worden. Weder dieser Beschluss noch die Satzung der Beklagten bieten eine Grundlage für die Auffassung der Revision, das Stimmrecht des Heinrich B. habe geruht. Der Beschluss erweckt im Gegenteil Zweifel, ob nicht wegen des Ausbleibens der beabsichtigten Einigung über die Bedingungen des Ausscheidens und einer Übernahmeerklärung überhaupt das Ausscheiden selbst fraglich geworden ist, so daß sich die Frage nach dem Ruhen des Stimmrechts gar nicht stellen könnte.

2. Aber auch wenn man davon ausgeht, daß die Kündigungserklärung des Gesellschafters Heinrich B. über den 31. Dezember 1979 hinaus wirksam geblieben ist und ihn weiterhin zur Abtretung seines Geschäftsanteils gegen ein noch auszuhandelndes Entgelt berechnigt und verpflichtet hat, hätte dies nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts nicht das Ruhen seiner Mitgliedschaftsrechte, wie insbesondere des Rechts auf Teilnahme

und Stimmabgabe bei Gesellschafterbeschlüssen, zur Folge gehabt, bevor die Abtretung tatsächlich vollzogen war.

a) Solange Heinrich B. ████████ Gesellschafter war, standen ihm die Rechte aus seinem Geschäftsanteil zu. Das gilt unabhängig von der Tatsache, daß er seinen Willen, die Gesellschaft zu verlassen, durch eine Kündigung erklärt hatte, diesen Willen aber noch nicht durch eine Abtretung seines Geschäftsanteils verwirklichen konnte. Solange ein Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber als solcher ausgewiesen bleibt, ist sie berechtigt und verpflichtet, ihn dieser Rechtstellung gemäß zu behandeln (Urt. d. Sen. v. 21.10.1968 - II ZR 181/66, LM GmbHG § 16 Nr. 3). Dem entspricht es, daß der Gesellschafter bis zu dem nach § 16 GmbHG maßgebenden Zeitpunkt grundsätzlich alle an die Mitgliedschaft geknüpften Rechte und Pflichten behält, einschließlich solcher, die erst nach der Kündigung entstanden und fällig geworden sind (vgl. BGHZ 84, 47).

b) Für den Fall, daß der Gesellschafter einer sogenannten Nebenleistungs-GmbH sich von seinen Nebenleistungspflichten durch Kündigung des Kartellverhältnisses gelöst hatte, hat das Reichsgericht allerdings entschieden, die Kündigung habe das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte und -pflichten bis zur Einziehung des Geschäftsanteils zur Folge (RGZ 114, 212, 218 und 125, 114, 118). Dies begründete es damit, daß die Erfüllung

der Kartellverpflichtungen die Grundlage für den Zusammenschluß der Kartellmitglieder in der GmbH bilde und es ein Widersinn wäre, der Gesellschaft zuzumuten, daß ein Gesellschafter, der sich von diesen Verpflichtungen losgesagt habe, ein ihr gehöriges Patent noch weiterbenutzen dürfe. Diese Entscheidung läßt sich nicht auf den vorliegenden Fall übertragen, in dem es weder um eine Nebenleistungsgesellschaft noch um das Erlöschen daraus entspringender Pflichten geht. Sie ist auf die Lösung einer mit diesem Fall vergleichbaren, vom Reichsgericht sonst als unerträglich betrachteten Situation zugeschnitten und auch insoweit nicht ohne Kritik geblieben (vgl. Scholz/Winter, GmbHG, 6. Aufl., § 15 Anm. 91).

c) Der Senat hat die Frage eines Ruhens der Mitgliedschaftsrechte für den vorliegenden Tatbestand einer im Gesellschaftsvertrag zugelassenen Kündigung noch nicht entschieden. Er hat aber bei der Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters durch Gerichtsurteil ein Stimmrecht des auszuschließenden Gesellschafters nur für solche Maßnahmen verneint, die der Durchführung des Ausschlusses dienen (BGHZ 9, 157, 175 f). Für den Fall, daß ein Gesellschafter aufgrund der Satzung durch Gesellschafterbeschuß ausgeschlossen wird, hat der Senat angenommen, daß der Betroffene mit dem rechtmäßigen Ausschließungsbeschuß seine Gesellschafterrechte verliere (BGHZ 32, 17, 23). Eine Kündigungserklärung oder die grundsätzliche Bereitschaft eines Mitgesellschafters, den Geschäftsanteil

des Kündigenden zu übernehmen, lassen sich aber mit einer wirksamen Ausschließung insofern nicht vergleichen, als noch nicht sicher feststeht, ob und wann der Gesellschafter tatsächlich ausscheiden wird. Zudem ist für die Gesellschaft der vorläufige Fortbestand der Mitgliedschaftsrechte im Falle einer Kündigung im allgemeinen erträglicher als bei einem Gesellschafter, der aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden muß. Schließlich hat der Senat den Erben eines verstorbenen Gesellschafters, die nach der Satzung zur Abtretung der Geschäftsanteile an eine von der Gesellschaft zu benennende Person verpflichtet waren, das Recht zugebilligt, sogar bei der Auswahl des Anteilserwerbers mitzustimmen (Urt. v. 21.1.1974 - II ZR 65/72, LM GmbHG § 47 Nr. 21).

d) Im Schrifttum wird das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte vor allem für den Fall vertreten, daß ein Gesellschafter aus wichtigem Grund den Austritt aus der Gesellschaft erklärt hat. Dies wird damit begründet, ein Gesellschafter, der durch seine Austrittserklärung zu erkennen gegeben habe, mit dem künftigen Schicksal der Gesellschaft nichts mehr zu tun haben zu wollen, habe auch kein schutzwertes Interesse daran, noch an Gesellschaftsbeschlüssen teilzunehmen (so Esch, GmbH-Rdsch. 1981, 25, 27 f; Ulmer in Hachenburg, GmbHG, 7. Aufl., Anh. § 34 Rdn. 51, 52; vgl. aber auch § 60 Rdn. 71; aM Scholz/Winter aaO). Demgegenüber hat das Berufungsgericht zutreffend dargelegt, daß ein Gesellschafter, wie gerade der vorliegende Fall deutlich zeigt, nach Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses durchaus

noch daran interessiert sein kann, in der Gesellschafterversammlung das Stimmrecht auszuüben. Zwar wird er in aller Regel keinen Wert mehr darauf legen, sich in der Gesellschaft unternehmerisch zu betätigen. Er bleibt aber durch seinen Geschäftsanteil vermögensrechtlich mit ihr verbunden und deshalb auch an Entscheidungen, die sich auf ihre wirtschaftliche Entwicklung auswirken können, mindestens so lange interessiert, bis er die ihm zustehende Abfindung erhalten hat.

Das ist namentlich dann der Fall, wenn sich der Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft richtet. Hier können sich Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auf die Vermögenslage oder Ertragskraft der Gesellschaft so nachteilig auswirken, daß der Entschädigungsanspruch des Gesellschafters ernstlich gefährdet wird.

Eine solche Gefährdung kann aber mittelbar auch dann eintreten, wenn der Geschäftsanteil durch einen Mitgesellschafter übernommen werden soll. Ist dieser zur Zahlung des Entgelts nicht ohne weiteres in der Lage, so kann der ausscheidende Gesellschafter in die Lage kommen, im Wege der Pfändung auf den Geschäftsanteil des Übernehmers zugreifen zu müssen. Dessen Verwertung hängt aber von der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft und damit unter Umständen auch von den Entscheidungen der Gesellschafterversammlung ab. Ebenso verhält es sich mit etwaigen Darlehensansprüchen gegen die Gesellschaft selbst, wie sie Heinrich B. hier in erheblicher

Höhe zustanden. Es kann aber auch so kommen, daß sich der Gesellschafter bei der Verwirklichung seines Kündigungsrechts Verzögerungsversuchen der anderen Gesellschafter oder anderen Schwierigkeiten ausgesetzt sieht und darum schließlich genötigt und berechtigt ist, die Auflösung der Gesellschaft zu betreiben (vgl. BGHZ 32, 17, 23). Für seinen dann gegebenen Anspruch auf Befriedigung aus dem Liquidationserlös ist wiederum die Vermögenslage der Gesellschaft von entscheidender Bedeutung, die nicht zuletzt auch durch Gesellschafterbeschlüsse beeinflusst wird.

Es kommt hinzu, daß eine Kündigung den Gesellschafter noch nicht von seiner durch zwingende Gesetzesvorschriften begründeten Verantwortung für die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals entbindet. So haftet er bis zu seinem Ausscheiden für Einzahlungen auf seine Stammeinlage, auch soweit sie erst nach der Kündigung gemäß § 46 Nr. 2 GmbHG fällig geworden sind. Ebenso muß er anteilig für einen Fehlbetrag aufkommen, der sich ergibt, wenn ein anderer Gesellschafter wegen verzögerter Einzahlung der Stammeinlage mit seinem Geschäftsanteil ausgeschlossen worden ist und die Einlage weder von dem Zahlungspflichtigen eingezogen noch durch Verkauf des Anteils gedeckt werden kann (§§ 21, 24 GmbHG). Verstoßen Maßnahmen der Gesellschafter, wie zum Beispiel eine durch den Vermögensstand der Gesellschaft nicht gerechtfertigte Gewinnausschüttung, gegen § 30 GmbHG, so haftet er unter den Voraussetzungen des § 31 Abs. 3 GmbHG auf Erstattung des zu Unrecht ausgezahlten Betrages. Nimmt der

Ausgeschiedene auf solche Weise noch an den Pflichten und der Haftung eines Gesellschafters teil, so kann es ihm auf der anderen Seite nicht verwehrt sein, auch seine Mitgliedschaftsrechte bis zum Ausscheiden weiter auszuüben, besonders wenn es sich um Entscheidungen handelt, die sich unmittelbar oder mittelbar auf seine Haftung auswirken können.

e) Allerdings ist nicht zu verkennen, daß sich mit der Kündigung eines Gesellschafters sein berechtigtes Interesse an einer Mitsprache in Angelegenheiten der Gesellschaft erheblich vermindert und auf Entscheidungen begrenzt ist, die für ihn noch irgendwie von wirtschaftlicher Bedeutung sein können. Dies verpflichtet den Gesellschafter in besonderem Maße zur Zurückhaltung und verbietet es ihm mit Rücksicht auf seine bis zum Ausscheiden fortbestehende gesellschaftliche Treuepflicht, ohne triftigen Grund gegen eine von den anderen Gesellschaftern vorgeschlagene Maßnahme zu stimmen, die seine Vermögensinteressen weder unmittelbar noch mittelbar beeinträchtigen kann. Das ändert aber nichts an seinem Recht, zu allen Gesellschafterversammlungen zugezogen zu werden und dort seine Stimme abzugeben.

f) Zu Unrecht meint die Revision, ein schutzwertes Interesse des Heinrich B. [REDACTED] daran, zur besseren Sicherung seiner Abfindungs- und Darlehensansprüche an Gesellschafterbeschlüssen wie denen vom 20. August 1980 mitzuwirken, deshalb verneinen zu können, weil er es in der Hand gehabt habe, gemäß § 61 GmbHG die Auflösungsklage

zu erheben, nachdem es zu einer Abtretung oder Einziehung seines Geschäftsanteils gegen eine vereinbarte Abfindung nicht gekommen war. Gerade eine Auflösung der Gesellschaft bot Heinrich B. wegen der dann drohenden Abwicklungsverluste noch weniger Sicherheit als sein vorgesehenes Ausscheiden aufgrund Vereinbarung.

3. Der Beklagte hätte daher Heinrich B. zur Gesellschafterversammlung vom 20. August 1980 einladen müssen. Da dies nicht geschehen ist, sind in dieser Versammlung gefaßte Beschlüsse nichtig (BGHZ 36, 207, 211). Da infolgedessen das für Anstellungsverträge zuständige Gesellschaftsorgan die vom Beklagten gewünschte Tantieme nicht bewilligt hat, haben die Vorinstanzen den Beklagten insoweit mit Recht zur Rückzahlung verurteilt.

Stempel Fleck Dr. Bauer Bundschuh Brandes