
Datum: 25.02.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 27. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 27 U 24/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0225.27U24.09.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 8 O 130/08

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 2. Januar 2009 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Arnsberg abgeändert.

Es wird festgestellt, dass der Beklagte mit einem Geschäftsanteil in Höhe von 60.000,00 DM aus der Klägerin ausgeschlossen sowie der darauf geleisteten Teil-zahlung verlustig ist.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Zwangsvollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe.

I.

1

2

3

Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte mit einem Geschäftsanteil von 60.000,00 DM aus der Klägerin wirksam ausgeschlossen wurde.

Die Klägerin wurde durch notarielle Verträge vom 9.12.1996 und 9.1.1997 in M gegründet. 4
Das Stammkapital der Gesellschaft betrug anfangs 50.000,00 DM. Durch notariellen Vertrag vom 31.7.1998 wurde das Stammkapital zunächst auf 110.000,00 DM erhöht. Eine weitere Kapitalerhöhung auf 220.000,00 DM erfolgte durch Gesellschafterbeschluss vom 11.11.1999. Von den neuen Stammanteilen entfielen auf den Beklagten 60.000,00 DM und auf den Gesellschafter G5 50.000,00 DM.

Die Geschäftsanteile verteilten sich vor der streitigen Kaduzierung wie folgt: 5

Herr G 35.000,00 DM 6

Herr G 50.000,00 DM 7

Herr G 7.500,00 DM 8

Herr G 10.000,00 DM 9

Herr G 10.000,00 DM 10

Herr C 25.000,00 DM 11

Herr C 60.000,00 DM 12

Herr C 7.500,00 DM 13

Herr C 10.000,00 DM 14

Herr Q. 5.000,00 DM 15

Der Beklagte hatte auf den im Rahmen der Kapitalerhöhung übernommenen Geschäftsanteil 16
von 60.000,00 DM einen Teilbetrag von 17.500,00 DM eingezahlt; ein Restbetrag von 42.500,00 DM stand noch zur Einzahlung aus.

Auch der Gesellschafter G5 hatte auf seinen Geschäftsanteil von 50.000,00 DM nur eine 17
Teilzahlung in Höhe von 28.000,00 DM geleistet; ein Betrag von 22.000,00 DM war noch nicht gezahlt.

Die Restzahlung von 22.000,00 DM (= 11.248,42 €) leistete der Gesellschafter G5 am 18
12.9.2007 durch Zahlung auf ein Konto der Gesellschaft bei der Commerzbank Q2. Er überwies sich dann selbst mit Wertstellung zum 12.9.2007 von dem Konto der Klägerin einen Betrag 11.743,03 €. Er hatte am 4.4.2006 in Absprache mit dem Beklagten, der damals noch Geschäftsführer der Klägerin war, eine Umsatzsteuerzahlung von 10.816,42 € an das Finanzamt überwiesen; Steuerschuldner war die Klägerin. Mit der Zahlung von 11.743,03 € sollte die Forderung des Mitgeschafters G5 gegen die Gesellschaft einschließlich der bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen Zinsen beglichen werden.

Am 29.10.2007 beschloss die Gesellschafterversammlung, den Beklagten zur Zahlung der 19
rückständigen Einlage aufzufordern. Die ausstehende Einlage wurde durch Schreiben vom 31.10.2007 eingefordert, und eine Nachfristsetzung von einem Monat erfolgte durch Schreiben vom 8.11.2007. Beide Schreiben wurden dem Beklagten mittels eingeschriebener Briefe zugestellt.

Da eine Zahlung nicht erfolgte, erklärte die Klägerin durch Schreiben vom 11.12.2007, dass der Beklagte mit einem Geschäftsanteil von 60.000,00 DM aus der Gesellschaft ausgeschlossen werde.	20
Mit der Klage hat die Klägerin eine dahingehende Feststellung begehrt, dass der Beklagte seines Geschäftsanteils von 60.000,00 DM sowie der darauf geleisteten Teilzahlung verlustig ist. Aufgrund der anstehenden Verwertung des Anteils habe sie ein rechtliches Interesse daran, die Wirksamkeit des Ausschlusses gerichtlich festzustellen.	21
Die Klägerin hat beantragt,	22
festzustellen, dass der Beklagte mit einem Geschäftsanteil in Höhe von 60.000,00 DM sowie der hierauf geleisteten Teilzahlung verlustig ist.	23
Der Beklagte hat beantragt,	24
die Klage abzuweisen.	25
Hilfsweise für den Fall einer wirksamen Kaduzierung hat der Beklagte beantragt,	26
die Festsetzung der Abfindung und die Setzung der entsprechenden Zahlungsfristen für das Abfindungsguthaben.	27
Die Klägerin hat beantragt,	28
den Hilfsantrag abzuweisen.	29
Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Kaduzierung nicht wirksam sei. Die Einforderung der Einlage habe gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen, da auch der Mitgesellschafter G5 seine Einlage nicht wirksam erbracht habe. Bei der Überweisung vom 12.9.2007 und der Rückzahlung handele es sich um eine rechtlich unerhebliche Hin- und Herzahlung, die den Anforderungen des § 19 Abs. 5 GmbHG nicht genüge.	30
Darüber hinaus seien die Rechte der Klägerin verwirkt. Der Geschäftsführer der Klägerin handele eigenmächtig, ohne die Gesellschafter zu informieren.	31
Hilfsweise meint der Beklagte, dass ihm im Falle eines wirksamen Ausschlusses ein Abfindungsanspruch zustehe.	32
Durch das angefochtene Urteil, auf das zur näheren Sachdarstellung Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen.	33
Dagegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung.	34
Sie vertritt die Auffassung, dass mit der Auszahlung an den Gesellschafter G5 kein verbotenes Hin- und Herzahlen vorgelegen habe. Bei der Forderung von G5 gegen die Gesellschaft handele es um eine Neuforderung, die erst nach der Kapitalerhöhung entstanden sei. Darüber hinaus sei bei der Klägerin auch eine ausreichende Liquidität vorhanden gewesen.	35
Hilfsweise beruft sich die Klägerin darauf, dass der Beklagte vorsorglich durch Schreiben vom 26.5.2009 erneut mit seinem Geschäftsanteil ausgeschlossen worden sei. Insoweit ist unstreitig, dass der Beklagte durch Schreiben vom 1.4. und 23.4.2009 unter Fristsetzung	36

erneut zur Zahlung der ausstehenden Einlage aufgefordert wurde; eine Zahlung erfolgte jedoch nicht. Zuvor hatte der Gesellschafter G5 auf seine Stammeinlage am 30.3.2009 eine Zahlung von 11.250,00 € erbracht.

Die Klägerin beantragt, 37

unter Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, dass der Beklagte mit einem 38
Geschäftsanteil in Höhe von 60.000,00 DM sowie der hierauf geleisteten Teilzahlung verlustig
ist.

Der Beklagte beantragt, 39

die Berufung zurückzuweisen. 40

Der Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung; ein Ausschluss sei nicht wirksam 41
erfolgt. Er vertritt weiter die Ansicht, dass die angestrebte Klageänderung unzulässig sei, da
an dem ursprünglichen Klagebegehren nicht mehr festgehalten werde. Darüber hinaus könne
die Klägerin mit den neuen Tatsachen nicht mehr gehört werden, da diese es in der Hand
gehabt habe, eine erneute Kaduzierung schon früher herbeizuführen. Dadurch, dass die
Klägerin den Beklagten erneut zur Zahlung aufgefordert habe, habe sie zu erkennen
gegeben, dass sie an der im Jahr 2007 erfolgten Kaduzierung nicht mehr festhalten wolle.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst 42
deren Anlagen Bezug genommen.

II. 43

1. 44

Die Berufung ist zulässig. Entgegen der Auffassung des Beklagten scheitert die Zulässigkeit 45
des Rechtsmittels nicht daran, dass die Klägerin ihr Klagebegehren auch auf einen anderen
Lebenssachverhalt stützt. Grundsätzlich ist es allerdings erforderlich, dass der
Berufungskläger den in erster Instanz erhobenen Anspruch wenigstens teilweise
weiterverfolgt (Zöller-Greger, ZPO, 28. Auflage 2010, § 260 Rn. 3). Diese Voraussetzung ist
hier erfüllt, da die Klägerin ihre Klage ausdrücklich nur hilfsweise auf den neuen Sachverhalt
stützt und damit deutlich macht, dass ein Eventualverhältnis besteht.

2. 46

Die Berufung der Klägerin ist auch begründet. Die Feststellungsklage hat Erfolg, da der 47
Beklagte wirksam mit einem Geschäftsanteil von 60.000,00 DM aus der Klägerin
ausgeschlossen wurde. Bereits das im Jahr 2007 durchgeführte Kaduzierungsverfahren war
wirksam. Auf das hilfsweise Vorbringen der Klägerin, jedenfalls im Jahr 2009 sei ein
Ausschluss wirksam erfolgt, kommt es nicht an.

a) 48

Die Feststellungsklage ist zulässig. Anerkannt ist ein Rechtsschutzinteresse des 49
Gesellschafters für den umgekehrten Fall, dass der Ausgeschlossene seine Stellung klären
möchte (Lutter/Hommelhoff-Bayer, GmbH-Gesetz, 17. Auflage 2009, § 21 Rn. 18; Scholz-
Emmerich, GmbHG, 10. Auflage 2006, § 21 Rn. 32 a; Baumbach/Hueck-Hueck-Fastrich,
GmbHG, 19. Auflage 2010, § 21 Rn. 18). Allerdings hat auch die Gesellschaft ein
berechtigtes Interesse daran, die Wirksamkeit der Kaduzierung feststellen zu lassen. Der

Beklagte bestreitet die Wirksamkeit, und eine Verwertung des Geschäftsanteils nach § 23 GmbHG ist bei bestehender Rechtsunsicherheit erschwert.

b) 50

Durch Ausschlusserklärung der Klägerin vom 11.12.2007 hat der Beklagte die auf seinen Geschäftsanteil von 60.000,00 DM entfallenen Mitgliedschaftsrechte verloren. 51

aa) 52

Das Kaduzierungsverfahren weist keine formalen Mängel auf. 53

Die Gesellschafterversammlung der Klägerin hat am 29.10.2007 unter Punkt 3. der Tagesordnung die Einforderung der Einlagen beschlossen (§ 46 Nr. 2 GmbHG); das Verfahren selbst setzt keinen weiteren besonderen Beschluss voraus (Scholz-Emmerich, GmbHG, 10. Auflage 2006, § 21 Rn. 10). 54

Die ausstehende Einlage wurde durch Schreiben der Klägerin vom 31.10.2007 eingefordert und eine Nachfristsetzung von einem Monat (§ 21 Abs. 1 S. 2 GmbHG) erfolgte durch Schreiben vom 8.11.2007. Beide Schreiben sind dem Beklagten mittels eingeschriebener Briefe zugestellt worden. 55

bb) 56

Nach Auffassung des Senats hat die Klägerin den Grundsatz der Gleichbehandlung nicht verletzt. 57

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist im Kaduzierungsverfahren zu beachten, doch sind sachlich gerechtfertigte Differenzierungen zulässig (Scholz-Emmerich, GmbHG, 10. Auflage 2006, § 21 Rn. 14; Lutter/Hommelhoff-Bayer, GmbH-Gesetz, 17. Auflage 2009, § 21 Rn. 6; Baumbach/Hueck-Hueck-Fastrich, GmbHG, 19. Auflage 2010, § 21 Rn. 7). So ist es denkbar, dass bei einem Gesellschafter die Kaduzierung betrieben, gegen einen anderen auf Zahlung geklagt und bei einem weiteren Gesellschafter noch abgewartet wird, solange es dafür einen sachlichen Grund gibt (vgl. Baumbach/Hueck-Hueck-Fastrich, GmbHG, 19. Auflage 2010, § 21 Rn. 7). Eine willkürliche Ungleichbehandlung ist dagegen unzulässig. 58

Wird gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, hat der betroffene Gesellschafter ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 273 BGB), so dass er nicht mehr als säumig gilt (vgl. Scholz-Emmerich, GmbHG, 10. Auflage 2006, § 21 Rn. 14). Eine gleichwohl erfolgte Kaduzierung wäre wegen Verstoßes gegen § 21 Abs. 1 S. 1 GmbHG unwirksam. 59

Im vorliegenden Fall liegt eine willkürliche Ungleichbehandlung nicht vor. Der Beklagte war zur Zahlung der Einlage verpflichtet und durfte seine Leistung nicht davon abhängig machen, dass die Klägerin in gleicher Weise gegen ihren Geschäftsführer vorgeht. 60

Ein sachlicher Grund für ein differenziertes Vorgehen der Klägerin ergab sich bereits daraus, dass unstreitig eine Forderung des Gesellschafters G5 gegen die Gesellschaft bestand, die einschließlich der Zinsen die Einlageforderung sogar überstieg. Dabei kommt es nach Auffassung des Senats auch nicht darauf an, ob die Forderung des Gesellschafters zu diesem Zeitpunkt werthaltig oder durchsetzbar war. Er reichte vielmehr aus, dass der Mitgesellschafter Aufwendungen aus seinem Vermögen und damit ein Vermögensopfer erbracht hatte, das die anderen Gesellschafter nicht trugen. Aus diesem Grund wäre es auch nicht willkürlich gewesen, wenn die Klägerin die Einlage von dem Gesellschafter G5 noch 61

nicht eingefordert, sondern abgewartet hätte.

Dass sein Mitgesellschafter eine Umsatzsteuerzahlung verauslagt hatte, war dem Beklagten – ohne dass es darauf ankäme - auch bekannt, da die Zahlung nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin in Absprache mit dem Beklagten erfolgte. Abgesehen davon hat der Beklagte eine Ungleichbehandlung auch erst mit einem am 16.12.2007 bei der Klägerin eingegangenen Schreiben gerügt. Zu diesem Zeitpunkt war der Ausschluss bereits wirksam erfolgt.

c) 63

Soweit der Beklagte der Klägerin ein treuwidriges Verhalten vorwirft, kann dies ebenfalls ein Zurückbehaltungsrecht nicht rechtfertigen. Dem Gesellschafter steht gegenüber der Gesellschaft in Bezug auf die Einlageforderung, die in bar zu leisten ist, grundsätzlich, solange der Gleichbehandlungsgrundsatz gewahrt ist, kein Zurückbehaltungsrecht zu, da dies mit dem Normzweck des § 19 Abs. 2 GmbHG nicht vereinbar ist (vgl. Lutter/Hommelhoff-Bayer, GmbH-Gesetz, 17. Auflage 2009, § 19 Rn. 37; Baumbach/Hueck-Hueck-Fastrich, GmbHG, 19. Auflage 2010, § 19 Rn. 41).

d) 65

Die Klägerin hat auch nicht auf ihre Rechte aus der Kaduzierung verzichtet, weil sie den Beklagten im Jahr 2009 erneut zur Zahlung aufgefordert hat, ohne deutlich zu machen, dass sie am Ausschluss des Beklagten festhält. In dem Verhalten der Klägerin war lediglich ein Angebot zu sehen, durch eine nachträgliche Zahlung die Wirkung der Kaduzierung aufzuheben. Da aber der Beklagte keine Zahlung leistete, hat er dieses Angebot nicht angenommen.

e) 67

Der Hilfsantrag des Beklagten, mit dem er die Festsetzung einer Abfindung begehrt, hat keinen Erfolg. Nach der ganz überwiegenden Ansicht, der sich auch der Senat anschließt, erhält der Ausgeschlossene für seinen Geschäftsanteil keine Entschädigung oder Abfindung (vgl. Scholz-Emmerich, GmbHG, 10. Auflage 2006, § 21 Rn. 26 a; Lutter/Hommelhoff-Bayer, GmbH-Gesetz, 17. Auflage 2009, § 21 Rn. 14; Baumbach/Hueck-Hueck-Fastrich, GmbHG, 19. Auflage 2010, § 21 Rn. 11). Das Gesetz ordnet in § 21 Abs. 2 GmbHG ausdrücklich an, dass auch die geleisteten Teilzahlungen für verlustig erklärt werden. Daraus ist zu folgern, dass auch die auf die Einlage geleistete Teilzahlung verfällt (vgl. Lutter/Hommelhoff-Bayer, GmbH-Gesetz, 17. Auflage 2009, § 21 Rn. 14). Dass für den nicht eingezahlten Teil keine Entschädigung geleistet werden muss, versteht sich von selbst.

3. 69

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.