

24. 1. Unter welchen Umständen kann die Gesellschafterversammlung einer sog. Nebenleistungs-Gesellschaft mbH. noch nach Eintritt in die Liquidation die Einziehung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters beschließen, der durch Kündigung aus der kartellmäßigen Bindung ausgeschieden ist?

2. Muß der Einziehungsbeschluß, um wirksam zu sein, zugleich die Höhe des dem Gesellschafter für seinen Geschäftsanteil zu gewährenden Entgelts festsetzen?

3. Nach welchem Zeitpunkt bestimmt sich der zu erstattende Wert eines eingezogenen Geschäftsanteils?

Kartellverordnung vom 2. November 1923 (RGBl. I S. 1067, 1090)
§ 8. UmwG. §§ 3, 34, 60, 61, 69.

II. Zivilsenat. Ur. v. 17. Mai 1929 i. S. Pl. (Rl.) w. Hefeverband-GmbH. i. D. (Bekl.). II 541/28.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht baselbst.

Der Kläger war als Alleininhaber einer Getreide-Preßhefefabrik und Dampf-Kornbrennerei seit der im Februar 1921 erfolgten Gründung der verklagten Gesellschaft mbH. deren Gesellschafter. Gegenstand des Unternehmens dieser Gesellschaft war die Verwertung der in den Fabriken der Gesellschafter in Deutschland hergestellten Hefe. Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter, die sich auf die Ablieferung und den Vertrieb von Hefe beziehen, wurden in einer „Übereinkunft“ niedergelegt, die nach dem Gesellschaftsvertrag einen Bestandteil dieses Vertrags bilden und deren Geltungsbauer die gleiche wie die des Gesellschaftsvertrags sein sollte. Mit Schreiben vom 17. November 1923 kündigte der Kläger seine Zugehörigkeit zum Hefeverband fristlos zum Tage des Inkrafttretens der Ver-

ordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923 (sog. Kartellverordnung), also zum 20. jenes Monats. Dieses Schreiben ging am 19. November 1923 bei der Gesellschaft ein, welche die Kündigung als unberechtigt zurückwies. Der Kläger erwiderte hierauf am 21. November 1923, also am Tage nach dem Inkrafttreten der Kartellverordnung: er halte seinen Entschluß, aus dem Verband auszutreten, aufrecht. Durch Entscheidung vom 7. Januar 1924 sprach das Kartellgericht die Zulässigkeit der Kündigung mit Wirkung von diesem Tage aus. Daraufhin kündigten weitere 17 Mitglieder des Hefeverbandes, und das Kartellgericht erklärte durch Entscheidung vom 3. März 1924 diese Kündigungen für zulässig. Am 5. dess. Monats beschloß die Gesellschafterversammlung der Beklagten die Auflösung der Gesellschaft; dieser Beschluß wurde am 10. März 1924 in das Handelsregister eingetragen.

Ein weiterer wirksamer Kündigungsakt des Klägers wurde vom erkennenden Senat in dem RGZ. Bd. 114 S. 327 abgedruckten Urteil vom 28. September 1926 (in einem zuungunsten der jetzigen Beklagten, damaligen Klägerin, erlebigten Rechtsstreit der Parteien, Vertragsstrafe betreffend) in dem genannten Schreiben des jetzigen Klägers vom 21. November 1923 gefunden, das dem Hefeverband am 22. November zugegangen war, in der Entscheidung des Kartellgerichts vom 7. Januar 1924 aber nicht erwähnt ist. In jenem Urteil ist darauf hingewiesen, daß gegenüber der Kündigung vom 21./22. November 1923 die Hefeverband-GmbH. keinen Antrag im Sinne des § 8 Abs. 3 Satz 2 KartVo. gestellt habe.

Die Beklagte war Inhaberin eines Patents zum Schutz eines besonderen Verfahrens zur Herstellung von Preßhefe. Nachdem der Kläger aus dem Hefeverband ausgeschieden war, erhob die jetzige Beklagte gegen den jetzigen Kläger Klage auf Unterlassung der Benutzung des Patents, die von der Hefeverband-GmbH. ihren Mitgliedern gestattet worden war. In jenem Rechtsstreit wurde der Beklagte, nunmehrige Kläger, in allen drei Instanzen nach dem Klageantrag verurteilt. Das damals ergangene reichsgerichtliche Urteil vom 2. Juli 1926 (RGZ. Bd. 114 S. 212) erkannte der Kündigung nach § 8 KartVo. in einem Falle wie dem vorliegenden zwar nicht die Wirkung unmittelbaren Ausscheidens des Kündigenden auch aus seinem Gesellschaftsverhältnis bei der Gesellschaft mbH. zu, erklärte diese aber für berechtigt, das Ausscheiden des Kündigenden aus der Ge-

gesellschaft durch entgeltliche Einziehung seines Geschäftsanteils herbeizuführen. Weiter wurde damals ausgesprochen, daß die gesellschaftlichen Rechte und Pflichten des Kündigenden bis zu dieser Einziehung ruhten.

In der Gesellschafterversammlung der seit 5. März 1924 in Liquidation befindlichen Beklagten vom 22. September 1926 wurde beschlossen: „Der Geschäftsanteil des Herrn Pl. wird eingezogen. Die Einziehung erfolgt entgeltlich“. Gegen diesen Beschluß richtet sich die gegenwärtige, im Juni 1927 erhobene Klage. Mit ihr verlangt der Kläger Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses, in erster Linie deshalb, weil nach Beginn der Liquidation von einer Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers — im Wege der rechtsähnlichen Anwendung des § 34 GmbHG. — nicht mehr die Rede sein könne. Weiter meint der Kläger, der Einziehungsbeschluß habe nicht gefaßt werden dürfen, solange nicht die Höhe des Entgelts durch Einigung mit ihm oder sonstwie festgesetzt sei. Und endlich stützt der Kläger sein Begehren darauf, daß er — was nicht bestritten wird — zur Gesellschafterversammlung vom 22. September 1926 nicht geladen worden sei. Die Beklagte hält keinen von diesen Gründen für durchschlagend.

Der erste Richter sprach die Klage zu, das Kammergericht dagegen wies sie ab. Die Revision des Klägers blieb ohne Erfolg.

Gründe:

Die Revision bezeichnet zunächst als rechtsirrig die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Hefeverband-GmbH. durch ihren Eintritt in die Liquidation nicht gehindert worden sei, den Geschäftsanteil des durch seine Kündigung aus der kartellrechtlichen Bindung ausgeschiedenen Klägers einzuziehen. Der erkennende Senat hat im Vorprozeß-Urteil vom 2. Juli 1926 die Ansicht vertreten, daß bei einer sog. Nebenleistungs-GmbH., wie sie hier vorliegt, die durch § 8 Abs. 1 KartVo. zugelassene Kündigung zwar die kartellrechtlichen Beziehungen des Kündigenden beende, aber am Bestand der Gesellschaft mbH. als solcher nichts ändere und auch die Mitgliedschaft des Kündigenden bei ihr nicht ohne weiteres aufhebe. Da jedoch bei der engen wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit der gesellschaftlichen Organisation und des Kartells eine fernere unveränderte Zugehörigkeit des Kündigenden zur Gesellschaft (unter Fortdauer

aller gesellschaftsrechtlichen Befugnisse und Verpflichtungen) eine Unmöglichkeit wäre, so bleibe mit Rücksicht auf den besonders gearteten Aufbau der Gesellschaft mbH. nichts anderes übrig, als daß man dieser das Recht einräume, den Geschäftsanteil des aus den kartellrechtlichen Beziehungen Ausgeschiedenen gegen Entgelt einzuziehen. Man würde sonst — so heißt es in jenem Urteil weiter — die Form über die Sache, über den Vertragsgedanken stellen und eine Gestaltung gutheißen, bei der zwei verschiedene Gruppen von Gesellschaftern, solche mit und solche ohne Kartellbindung, nebeneinander beständen, was zu empfindlichen Unzuträglichkeiten führen müßte. Aus diesen Erwägungen hat der Senat der in Liquidation befindlichen jetzigen Beklagten (damaligen Klägerin) das Recht zur Einziehung des Wl'schen Geschäftsanteils zugesprochen.

Für die im Urteil vom 2. Juli 1926 befürwortete Lösung der Zugehörigkeit des Klägers zur Hefeverband-GmbH. wäre natürlich dann kein Raum, wenn man mit Hachenburg GmbHG. 5. Aufl. Erläut. zu § 3 Anm. 11a anzunehmen hätte, daß die Kündigung der kartellrechtlichen Beziehungen nach § 8 Abs. 1 KartVo. ohne weiteres zur Auflösung der Gesellschaft mbH. führe. Der Senat vermag jedoch dieser von Hachenburg a. a. O. zum erstenmal aufgestellten Ansicht nicht beizutreten. Es ist schon vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit aus nicht zu billigen, daß jede Kündigung eines Kartellmitglieds, wie sie das Gesetz für zulässig erklärt, dann, wenn das Kartell in der Form einer Gesellschaft mbH. errichtet ist, wegen der eigenartigen Gestaltung dieser gesellschaftlichen Organisation zu ihrer Auflösung führen soll. Die Auffassung Hachenburg's ist aber auch, abgesehen von den wirtschaftlichen Bedenken, die gegen sie bestehen, mit den §§ 60, 61 GmbHG. nicht vereinbar, die den Fall der Auflösung der Gesellschaft regeln. Auch damit läßt sie sich nicht rechtfertigen, daß man auf keinem andern Weg der Schwierigkeiten Herr werden könne, die sich auch nach Ansicht des erkennenden Senats aus dem Erlöschen der kartellrechtlichen Beziehungen einzelner Mitglieder für den Bestand der Gesellschaft mbH. ergeben. Zu einer Lösung zu gelangen, bei der die Gesellschaft fortbestehen kann, erscheint geradezu als wirtschaftliche Notwendigkeit; unüberwindlich sind die entgegenstehenden rechtlichen Bedenken nicht. Gewiß treffen die im § 34 GmbHG. geordneten Einziehungsmöglichkeiten hier nicht zu, jedenfalls nicht unmittelbar.

Allein der Gedanke, durch entgeltliche Amortisation ohne Beeinträchtigung des Bestands der Gesellschaft aus der durch die Kündigung eines Kartellmitglieds geschaffenen schwierigen Lage herauszukommen, lehnt sich immerhin an § 34 an. Dem Kündigenden, der — wie hier der Kläger — regelmäßig das Ausscheiden aus der ganzen Organisation, Kartell und Gesellschaft mbH., anstrebt, wird kein Nachteil zugefügt; denn die Einziehung geschieht entgeltlich, und zwar — wie noch zu erörtern sein wird — auf die Art, daß der Wert des Geschäftsanteils vom Tage der Einziehung zu erstatten ist. Eine andere Möglichkeit besteht nicht, um den Erfolg zu erzielen, der mit der Kündigung vernünftigerweise erreicht werden soll: Ausschneiden des Kündigenden auch aus der gesellschaftlichen Organisation, ohne daß diese der Auflösung verfällt.

Demnach hat der Senat keinen Anlaß, von seiner im Urteil vom 2. Juli 1926 niedergelegten, von Fah-Tschierschky und von Brodmann geteilten Stellungnahme zu der hier erörterten Frage abzugehen. Auch daran wird festgehalten, daß die Kündigung des Kartellverhältnisses das Ruhen der Mitgliedschaftsrechte und -verpflichtungen des Kündigenden bei der Gesellschaft mbH. bis zur Einziehung seines Geschäftsanteils, einschließlich der Fassung des hierauf gerichteten Beschlusses, zur Folge hat. Für den Regelfall wird angenommen werden können, daß die Gesellschaft in der Lage ist, diese Beschlusfassung in verhältnismäßig kurzer Zeit nach der Kündigung herbeizuführen. Der Kündigende hat auch einen Anspruch darauf, daß die Einziehung und damit seine Loslösung von der Gesellschaft nicht grundlos hinausgeschoben wird. Sollte die Einziehung über Gebühr verzögert werden, so muß er das Recht haben, durch Anstrengung der Auflösungsklage dem auf die Dauer unerträglichen Schwebezustand ein Ende zu machen.

Zu den Ausführungen des Urteils vom 2. Juli 1926 über die Notwendigkeit, nach dem Aufhören der kartellmäßigen Bindung des Klägers auch seine Mitgliedschaft bei der inzwischen in Liquidation getretenen Hefeverband-GmbH. auf die angegebene Weise zu beseitigen, hat Flechtheim zunächst in der Kartell-Rundschau 1927 S. 57 ff. und dann in einer Anmerkung zum Abdruck jenes Urteils in JW. 1927 S. 123 Nr. 23 Stellung genommen. Er ist der Meinung: Einer der tragenden Gesichtspunkte des Reichsgerichts, daß es nämlich bei einer Gesellschaft mbH. keine zwei Gruppen von Gesellschaftern

— solche mit und solche ohne Kartellbindung — geben könne, habe nach der Gestaltung der Verhältnisse im vorliegenden Fall seine Berechtigung verloren. Denn da zur Zeit des Eintritts der Gesellschaft in die Liquidation die Einziehung noch nicht bewirkt gewesen sei, habe die Mitgliedschaft des kündigenden Gesellschafters damals noch nicht aufgehört gehabt; seine Mitgliedschaftspflichten und -rechte hätten sich nur im Zustand der Ruhe befunden. Mit der Auflösung der Gesellschaft hätten aber alle Nebenverpflichtungen im Sinne des § 3 Abs. 2 UmwStG., also insbesondere die Kartellpflichten und die ihnen entsprechenden Rechte, aufgehört. Die Liquidationsgesellschaft sei keine Nebenleistungsgesellschaft mehr. Das gelte für alle Mitglieder, auch für den Gesellschafter, der nach § 8 KartVo. gekündigt habe. Seine Kartellbindung ruhe jetzt nicht mehr, sondern sei endgültig erloschen; er befinde sich von nun an in der gleichen Rechtslage wie alle anderen Kartellmitglieder. Es liege jetzt kein Grund mehr vor, die Kündigung so zu gestalten, daß sie dem Austrittsrecht möglichst angenähert werde. Auch sei jetzt kein wirtschaftliches Bedürfnis und auch kein Billigkeitsgrund mehr dafür anzuerkennen, daß die Gesellschaft das Recht haben solle, den Geschäftsanteil gerade des Gesellschafters, der gekündigt habe, ohne die Voraussetzungen des § 34 einzuziehen. Die Rechtslage des kündigenden Gesellschafters sei also dann, wenn die Gesellschaft nach der Kündigung gemäß § 8 KartVo., aber vor Einziehung oder Erwerb des Geschäftsanteils jenes Gesellschafters aus irgendwelchen Gründen aufgelöst werde, keine andere als die der übrigen Gesellschafter.

Die Revision macht sich die Ausführungen Flechtheims, denen auch der erste Richter gefolgt ist, zu eigen. Sie meint im übrigen: Es komme nicht sowohl darauf an, ob durch die Liquidation als solche die Einziehung eines Geschäftsanteils ausgeschlossen werde, als vielmehr darauf, ob im vorliegenden Falle durch die Liquidation die Voraussetzungen weggefallen seien, von denen nach dem reichsgerichtlichen Urteil vom 2. Juli 1926 das Einziehungsrecht der Gesellschaft abhängt. Diese Frage habe das Berufungsgericht nicht erörtert; es habe weder die vom Kläger noch die von der Beklagten hierzu beigebrachten rechtlichen Gesichtspunkte geprüft.

Der erkennende Senat stimmt mit Flechtheim darin überein, daß mit dem am 5. März 1924 erfolgten Eintritt der Kartellgesellschaft

in die Liquidation die kartellmäßige Bindung für alle Mitglieder, also auch für diejenigen, die nicht gekündigt hatten, ohne weiteres erloschen ist. Dies ergibt sich daraus, daß die Gesellschaft von nun an keine Kartellzwecke, sondern nur noch Abwicklungszwecke verfolgt. Für die Annahme des Vorhandenseins verschiedener Gruppen von Mitgliedern — solcher mit und solcher ohne Kartellbindung — ist daher nach Beginn der Liquidation im Regelfall kein Raum mehr. Der vorliegende Fall weist jedoch eine Abweichung von der Regel auf. Denn die Parteien sind darüber einig, daß der Liquidator, weil ihm das zur Erreichung einer angemessenen Abwicklung zweckmäßig erschien, mit einer Reihe von Mitgliedern, zu denen der Kläger nicht gehörte, einen neuen Vertrag dahin geschlossen hat, daß sie ihm, soweit dies zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich war, die von ihnen erzeugte Gese ausschließlich abliefern sollten. Für diesen neuen Zweck räumte er den genannten Lieferungspflichtigen, also nicht auch dem Kläger, die Befugnis zur Weiterbenutzung des Wohlischen Patents ein. Dadurch kam es, daß hier ausnahmsweise auch nach Beginn der Liquidation zwei Gruppen von Gesellschaftern vorhanden waren: einerseits die durch den neuen Vertrag gebundenen und andererseits der Kläger, der außerhalb des neuen Abkommens stand. Dieser Umstand rechtfertigt es, die Einziehung trotz der Liquidation zuzulassen.

Der Senat hält daher an der von Flechtheim angegriffenen Ausführung seines früheren Urteils fest. Zweck und Wesen der Liquidation stehen der Einziehung von Geschäftsanteilen nicht grundsätzlich entgegen. Dies wird auch von Hachenburg *GmbHG.* 5. Aufl. Anm. 13 zu § 69 und von anderen Erläuterern des genannten Gesetzes zugegeben, soweit es sich um Einziehung nach § 34 a. a. O. handelt; a. M. Feine in *Ehrenbergs Handbuch* 3. Bd. III. Abt. S. 360.

Weiterhin meint die Revision, das Berufungsgericht irre auch insofern, als es den Gesellschafterbeschuß vom 22. September 1926 für wirksam ansehe, obwohl er nichts über die Höhe des dem Kläger zu gewährenden Entgelts enthalte und obwohl der Kläger in ordnungswidriger Weise weder zu jener Gesellschafterversammlung geladen noch sonst vor der Beschußfassung über die Frage der Einziehung seines Geschäftsanteils gehört worden sei. Auch diese Rüge kann keinen Erfolg haben.

Die entgeltliche Einziehung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters, der durch Kündigung aus der Kartellbindung ausgeschieden ist, muß nicht notwendig auf die Art geschehen, daß im Einziehungsbeschluß auch gleich das Entgelt, das Abfindungsguthaben des betreffenden Gesellschafters, festgesetzt wird. Ein solches Verlangen käme in den vermutlich zahlreichen Fällen, wo die Beteiligten über die Höhe des Entgelts während längerer Zeit nicht einig werden oder gar einen Prozeß führen, auf eine nach der wirksamen Kündigung der Kartellbeziehungen ganz unnötige Verlängerung der Zugehörigkeit des Gesellschafters zur Gesellschaft mbH. hinaus. Dem Kläger ist dadurch kein Eintrag geschehen, daß zunächst nur die entgeltliche Einziehung seines Geschäftsanteils als solche, ohne gleichzeitige Festsetzung der Höhe des Entgelts, beschlossen wurde. Ihm bleibt der Klagerweg offen, falls keine Einigung über den Betrag seines Guthabens zustandekommt.

Gerade deshalb, weil der Einziehungsbeschluß vom 22. September 1926, so wie er lautet, der Festsetzung der Höhe des Entgelts in keiner Weise vorgreift, kann der Kläger der Wirksamkeit des Beschlusses auch nicht entgegenhalten, daß er zur Gesellschafterversammlung nicht geladen oder vor der Beschlußfassung über ihren Gegenstand nicht irgendwie gehört worden sei. Es kommt hinzu, daß seine Gesellschafterrechte seit der Kündigung bis zur Einziehung, einschließlich der Beschlußfassung darüber, geruht haben. Dazu gehört aber auch das Recht, an Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und dabei mitzustimmen oder vor gewissen Beschlußfassungen gehört zu werden.

Was den Zeitpunkt angeht, nach dem die Beklagte den Wert des kl. Geschäftsanteils zu vergüten hat, so kommt entweder der Tag in Betracht, an dem die Kündigung wirksam geworden ist, oder der Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses. Für die Wahl des ersteren Zeitpunkts mag die Erwägung sprechen, daß mit ihm nach des Klägers Willen seine Mitwirkung bei der Erreichung des Gesellschaftszwecks aufgehört und daß seine Mitgliedschaft bei der Gesellschaft nur deshalb zunächst noch fortgedauert hat, weil nach dem Aufbau der Gesellschaft mbH. ein Ausscheiden aus ihr im Wege der Kündigung nicht möglich ist. Andererseits hat aber der Kläger trotz der Kündigung der Kartellbindung seine durch die Mitgliedschaft bei der Gesellschaft begründeten Rechte behalten, und zwar so lange,

bis die Gesellschafterversammlung die Einziehung seines Geschäftsanteils beschloß. Die Ausübung dieser Gesellschafterrechte ruhte allerdings, wie ausgeführt wurde; das ändert jedoch nichts daran, daß die Rechte an sich dem Kläger noch zustanden. Eine gewisse Bedeutung hat ferner der Umstand, daß auch bei der Einziehung, die unmittelbar auf Grund des § 34 GmbHG. geschieht, für die Bestimmung des Wertes des Geschäftsanteils und damit der Höhe des Entgelts die Zeit der Einziehung maßgebend ist. Die Gesellschaft hat es, wenigstens in künftigen derartigen Fällen, in der Hand, die Einziehung des Geschäftsanteils eines Ründigenden nach Möglichkeit zu beschleunigen, wenn sie eine etwaige günstige Geschäftsentwicklung der Zwischenzeit ihm nicht zugute kommen lassen will. Der Umstand, daß im vorliegenden Falle die Beklagte erst durch das reichsgerichtliche Urteil vom 2. Juli 1926, also etwa 2 $\frac{1}{2}$ Jahre nach der Ründigung des Klägers, von ihrem Einziehungsrecht Kenntnis erhalten hat, kann aber nicht dazu führen, hier zu ihren Gunsten einen früheren Zeitpunkt als den des Einziehungsbeschlusses maßgebend sein zu lassen, falls die Voraussetzung der zwischenzeitlichen gedeihlichen Entwicklung bei ihr zutreffen sollte. Der Ründigende andererseits kann, wenn er bei ungünstigem Geschäftsgang der Gesellschaft von einem Hinausschieben der Einziehung Nachteile für sich befürchtet, bei grundlosem Zögern der Gesellschaft durch Erhebung der Auflösungsklage seine Interessen wahren. Ob die Beklagte in der Zeit von der Ründigung des Klägers bis zum Einziehungsbeschuß vom 22. September 1926 Gewinn erzielt oder Verluste erlitten hat, ist nicht bekannt. Es kommt jedoch für die hier zu beantwortende Frage darauf nicht an. Denn selbst im letzteren Falle müßte sich der Kläger — wie bei günstiger Geschäftsentwicklung die Beklagte — den 22. September 1926 als Stichtag gefallen lassen, obgleich er vor dem reichsgerichtlichen Urteil im Vorprozeß von einem Einziehungsrecht der Beklagten nichts wissen konnte.

Nach alledem hält der Senat für die Bestimmung des Wertes des Geschäftsanteils, den die Beklagte dem Kläger zu erstatten hat, schlechthin den Tag der Einziehung (22. September 1926) für maßgebend.