

Titel:

Gesellschafterausschluss durch Gestaltungsurteil nur bei Möglichkeit der Abfindungszahlung

Normenketten:

GmbHG § 30 Abs. 1, § 34 Abs. 3

AktG § 243

Leitsätze:

1. Da sich diese Notwendigkeit der Zahlbarkeit der Abfindung aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen aus dem in §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3 GmbHG statuierten Grundsatz der Kapitalerhaltung ergibt und insoweit eine bilanzielle Betrachtungsweise gilt, dürfen Auszahlungen an (ausgeschiedene) Gesellschafter nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen. Ob eine solche vorliegt, bestimmt sich nicht nach den Verkehrswerten, sondern nach den Buchwerten einer stichtagsbezogenen Handelsbilanz, sodass stille Reserven keine Berücksichtigung finden. (Rn. 62) (redaktioneller Leitsatz)

2. Nachdem der BGH im Falle einer durch Beschluss der Gesellschafter auf der Grundlage einer diesbezüglichen Satzungsbestimmung vorgenommenen Einziehung den bis dahin in Literatur und Rechtsprechung bestehenden Meinungsstreit, ob eine Einziehung vor Zahlung des Abfindungsentgelts wirksam wird, dahingehend entschied, dass der Einziehungsbeschluss mit seiner Fassung unabhängig von einer Abfindungszahlung wirksam und vollziehbar wird (BGH, Urteil vom 24.01.2012 - II ZR 109/11, Rdnr. 13 ff.), ist dies auch auf den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters durch Gestaltungsurteil anzuwenden. (Rn. 66) (redaktioneller Leitsatz)

3. Die Kapitalerhaltungspflicht des § 30 Abs. 1 GmbHG, auf der die Notwendigkeit der Erbringbarkeit der Abfindungszahlung an den auszuschließenden Gesellschafter aus freiem Vermögen der Gesellschaft beruht, dient nämlich dem Schutz der Gläubiger, nicht aber des auszuschließenden Gesellschafters, sodass dieser daraus auch nicht zu seinen Gunsten ableiten kann, dass die Ausschließung erst mit der Zahlung der Abfindung an ihn wirksam wird. (Rn. 67) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Gestaltungsurteil, Gesellschafterausschluss, Abfindung, Freies Vermögen, Kapitalerhaltung

Vorinstanz:

LG München I, Endurteil vom 28.02.2019 – 16 HK O 10218/18

Rechtsmittelinstanzen:

BGH vom -- -- II ZR 116/21

BGH, Versäumnisurteil vom 11.07.2023 – II ZR 116/21

Fundstellen:

GmbHR 2022, 745

NWB 2021, 2418

NZG 2021, 1213

DStR 2021, 2143

LSK 2021, 16060

Tenor

1. Die Berufungen des Klägers und der Nebenintervenientin gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 28.02.2019, Az. 16 HK O 10218/18, werden zurückgewiesen.

2. Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Nebenintervenientin trägt ihre Kosten selbst.

3. Dieses Urteil sowie das in Ziffer 1 des Tenors bezeichnete Endurteil des Landgerichts München I sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

4. Die Revision gegen dieses Urteil zum Bundesgerichtshof wird zugelassen.

Entscheidungsgründe

A.

1

Die Parteien streiten um den Ausschluss des Beklagten aus der Nebenintervenientin und die Einziehung der Gesellschaftsanteile des Beklagten an der Nebenintervenientin.

2

Die Nebenintervenientin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Geschäftsgegenstand die Beteiligung an Projektgesellschaften zur Entwicklung und Realisierung von Bauvorhaben sowie die Erbringung aller damit zusammenhängenden Dienstleistungen ist. Das Stammkapital beträgt 25.000,00 € und ist voll eingezahlt. Die Satzung der Nebenintervenientin enthält keine Regelung zum Ausschluss eines Gesellschafters oder zur Einziehung der Anteile eines Gesellschafters. Alleingesellschafter war zunächst Dr. W. K.

3

Am 19.11.2009 veräußerte und übertrug Dr. W. K. mit notarieller Urkunde laut Anl. K 12, vertreten durch seine Ehefrau und Generalbevollmächtigte, jeweils 50% der Anteile an der Nebenintervenientin an den Kläger, den Sohn des Dr. W. K., und an W. Ku. gegen Zahlung eines Kaufpreises in Höhe von 25.000,00 €, der von den beiden Erwerbern je zur Hälfte gezahlt wurde.

4

Am 21.09.2017 übernahm der Beklagte in Vollzug einer Urkunde des Notars F. H. den Geschäftsanteil des W. Ku.

5

Mit Beschluss vom 20.07.2018, Az. HRB 156828 (Fall 7), laut Anl. B 16 bestellte das Amtsgericht München Herrn A. S. zum Notgeschäftsführer der Nebenintervenientin. Nachdem das Oberlandesgericht München mit Beschluss vom 15.12.2020 (Az. 31 Wx 340/18, Anl. BB2) den Beschluss des Amtsgerichts München vom 20.07.2018 aufgehoben hatte, bestellte das Amtsgericht München mit Beschluss vom 07.05.2021 (Az. HRB 156828 (Fall 7), Anl. BB1) Herrn M. J. zum Notgeschäftsführer der Nebenintervenientin.

6

Die Nebenintervenientin ist Eigentümerin von 49 Wohnungen in M..

7

Der Kläger behauptete, dass der Verbleib des Beklagten in der Nebenintervenientin für ihn unzumutbar sei. Die Übertragung der Geschäftsanteile des W. Ku. an der Nebenintervenientin auf den Beklagten sei ausschließlich erfolgt, um die vom Kläger beim Landgericht München II (Az 2 HK O 32989/17) gegen W. Ku. erhobene Klage auf Ausschluss aus der Nebenintervenientin zum Scheitern zu bringen. Der Beklagte sei aber ein Strohmann des W. Ku., der die Anteile an der Nebenintervenientin nur treuhänderisch für W. Ku. halte, damit dieser weiter Einfluss auf die Nebenintervenientin ausüben könne. Der Beklagte habe kein eigenes Interesse an der Nebenintervenientin und für die von W. Ku. übertragenen Anteile auch nichts bezahlt. Die von W. Ku. durch sein pflichtwidriges Verhalten gesetzten Ausschlussgründe müsse sich der Beklagte daher zurechnen lassen.

8

Ausschließungsgründe in der Person des W. Ku. bestünden in mannigfacher Weise.

9

So habe W. Ku. unter anderem am 20.07.2009 als Geschäftsführer der Nebenintervenientin ohne vorherige Herbeiführung eines Gesellschafterbeschlusses einen Vertrag (Anl. K 14) über die Gewährung eines

Darlehens in Höhe von 250.000,00 € mit der A. A. Service & C. GmbH (im Folgenden als A. bezeichnet), deren Geschäftsführer und Gesellschafter er sei und die seit Jahren überschuldet gewesen sei, geschlossen und am selben Tag auch noch eine Rangrücktrittserklärung gegenüber der A. unterzeichnet (Anl. K 15), da die A. aufgrund ihrer hoffnungslosen Überschuldung das Darlehen nicht habe zurückzahlen können. Zweck des Darlehens sei allein die Beschaffung von liquiden Mitteln für die A. zur Abwendung von deren Illiquidität gewesen. Kein ordentlicher Kaufmann hätte in Anbetracht der wirtschaftlichen Situation der A. dieser ein Darlehen und schon gleich gar nicht ein Nachrangdarlehen gewährt. Durch einen wiederum ohne Gesellschafterbeschluss mit der A. abgeschlossenen Nachtragsvertrag vom 14.03.2012 (Anl. K 24) zum Darlehensvertrag vom 20.07.2009 habe W. Ku. den Darlehensbetrag auf 400.000 € erhöht und gleichzeitig den Zinssatz von 5,0% p.a. auf 3,5% p.a. reduziert.

10

Darüber hinaus habe W. Ku. als Geschäftsführer ohne Kenntnis und Zustimmung des damaligen Alleingeschafters Dr. W. K. am 08.08.2008 angeblich einen Dienstleistungsvertrag (Anl. K 20) mit der A. geschlossen, aufgrund dessen die A. Leistungen erbracht habe, die eigentlich in den Aufgabenkreis von W. Ku. als ehrenamtlichem Geschäftsführer der Nebenintervenientin gefallen seien (insbesondere die Verhandlung, Umsetzung und Abwicklung von Kreditverträgen) und die entweder bereits erbracht oder jedenfalls nicht notwendig gewesen seien. Der Kläger behauptet insoweit des Weiteren, dass die Vertragsurkunde nicht echt sei.

11

Ebenfalls am 08.08.2008 habe W. Ku. - wiederum ohne Zustimmung des damaligen Alleingeschafters der Nebenintervenientin - angeblich einen Mietverwaltungsvertrag mit der A. abgeschlossen (Anl. K 23), mit dem er die Verwaltung der von der Nebenintervenientin erworbenen 55 Wohnungen auf die A. übertragen habe, obwohl dies seine Aufgabe als ehrenamtlicher Geschäftsführer der Nebenintervenientin gewesen sei.

12

Die im Dienstleistungsvertrag sowie im Mietverwaltungsvertrag vorgesehene Vergütung der A. sei wucherisch. Die beiden Verträge seien rückdatiert, um auf diese Weise das der A. von der Nebenintervenientin gewährte Darlehen durch Verrechnung mit Vergütungsforderungen der A. aus dem Dienstleistungs- und dem Mietverwaltungsvertrag zu tilgen. Deshalb habe W. Ku. auch am 30.12.2012 eine Verrechnungsvereinbarung mit der A. (Anl. K 26) geschlossen, in der Scheinrechnungen der A. über 368.610,83 € mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch der Nebenintervenientin verrechnet worden seien.

13

Insgesamt habe W. Ku. in den Geschäftsjahren 2009 bis 2014 932.911,01 € zum Nachteil der Nebenintervenientin veruntreut. Auch im Jahr 2015 habe W. Ku. als Geschäftsführer der Nebenintervenientin über 200.000 € an die A. ausbezahlt.

14

Ferner habe W. Ku. in einer zwischen der Nebenintervenientin und der C. I1. GmbH & Co KG am 01.12.2015 abgeschlossenen Vereinbarung (Anl. K 82) Projektentwicklungsleistungen für ein Projekt „Erwerb einer Immobilie an der C.straße 2-16, H.-Str. 30-40, K.str. 9-23 und A.str 35 + 37“ gegen Erstattung der Projektentwicklungskosten weiterveräußert. Einziger Kommanditist der C. I1. GmbH & Co KG sei bis 22.10.2015 W. Ku. gewesen. Er sei auch deren Geschäftsführer. Komplementärin sei die C. I2. GmbH gewesen, an der wiederum die A. einen Anteil von 90% gehalten habe. Bei der C. I1. GmbH & Co KG handle es sich um ein Konkurrenzunternehmen der Nebenintervenientin, sodass W. Ku. durch deren Gründung und durch seine Tätigkeit als deren Geschäftsführer gegen sein aus seiner Gesellschafterstellung bei der Nebenintervenientin resultierendes Wettbewerbsverbot verstoßen habe. Außerdem hätte er die in dem C.-Projekt liegende Geschäftschance für die Nebenintervenientin nutzen müssen und nicht der C. I1. GmbH & Co KG überlassen dürfen.

15

Schließlich habe W. Ku. die Nebenintervenientin mit den im Verfahren vor dem Landgericht München I (Az. 8 HK O 8796/15) angefallenen Prozesskosten belastet, obwohl die Kosten dieses Beschlussmängelverfahrens von W. Ku. persönlich zu tragen gewesen wären.

16

W. Ku. habe ohne Herbeiführung eines Gesellschafterbeschlusses und allein zum Zweck der Begleichung der Vergütungsforderungen der A. gegen die Nebenintervenientin in den Jahren 2010 und 2012 jeweils eine und im Jahr 2013 vier weitere Wohnungen veräußert. Durch diese Veräußerungsgeschäfte habe W. Ku. die Nebenintervenientin in die Gewerblichkeit geführt und dadurch bei der Gesellschaft einen erheblichen Steuerschaden verursacht.

17

Auch in der Person des Beklagten lägen Ausschlussgründe vor:

18

Der Beklagte habe nämlich am 21.09.2017 die Gesellschaftsanteile des W. Ku. nur übernommen, um die W. Ku. nach Erwirkung eines Ausschlussurteils drohende Zwangsvollstreckung iSd. § 288 StGB zu vereiteln. Der Beklagte habe zu dieser Straftat des W. Ku. zumindest Beihilfe iSd. § 27 StGB geleistet.

19

Der Beklagte nehme auch ausschließlich die geschäftsschädigenden Interessen des W. Ku. wahr und leiste Beihilfe zur fortgesetzten Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen der Nebenintervenientin. Aus diesem Grund sei mittlerweile auch das Verhältnis des Klägers zum Beklagten von einem tiefgreifenden Zerwürfnis geprägt.

20

Der Beklagte wolle auch die Schadensersatzansprüche der Nebenintervenientin gegen W. Ku. pflichtwidrig nicht verfolgen. Ihm gehe es allein darum, W. Ku. bei der Durchsetzung seiner die Nebenintervenientin und den Kläger schädigenden Interessen zu unterstützen. Deshalb habe der Beklagte W. Ku. auch umgehend nach der Gesellschafterversammlung vom 31.01.2018 über das Ergebnis der Abstimmung zu TOP 4 „Entscheidung über die Annahme des Angebots des Herrn Rechtsanwalt C. J. an Herrn Rechtsanwalt H. H. vom 04.08.2017 zu Übernahme des sogenannten C.-Projektes“ unterrichtet, obwohl er gegenüber W. Ku. zur Verschwiegenheit verpflichtet gewesen sei. W. Ku. habe sich deshalb in dem Schadensersatzprozess gegen ihn vor dem Landgericht München I (Az. 41 O 13578/17) auf diese Willensbildung in der Nebenintervenientin berufen können.

21

Darüber hinaus habe der Beklagte versucht, die Bestellung eines Notgeschäftsführers für die führungslose Nebenintervenientin zu verhindern. Auf diese Weise habe er in kollusivem Zusammenwirken mit W. Ku. es diesem ermöglicht, im Zeitraum von August 2017 bis Mai 2018 monatlich jeweils insgesamt 3032,31 € an die A. zu überweisen. Auf einer Gesellschafterversammlung der Nebenintervenientin am 25.05.2018 habe der Beklagte eine Einstellung der Zahlungen an die A. abgelehnt, sodass ein diesbezüglicher Beschluss nicht gefasst werden konnte.

22

Zur Höhe des in das Ermessen des Gerichts gestellten Abfindungsbetrages trägt der Kläger wie folgt vor: Einen Ertragswert habe die Nebenintervenientin nicht. Dabei sei zu berücksichtigen, dass aufgrund der von W. Ku. durch die Veräußerung von sechs Wohnungen innerhalb von fünf Jahren nach deren Erwerb herbeigeführten Gewerblichkeit der Nebenintervenientin mit einer erheblichen Gewerbesteuerbelastung zu rechnen sei. Das Abfindungsguthaben des Beklagten belaufe sich daher auf Null Euro, maximal aber auf 1,0 Mio. €.

23

Ausgehend von dem von W. Ku. behaupteten, vom Kläger allerdings bestrittenen Wert der im Eigentum der Nebenintervenientin stehenden Wohnungen von 23 Mio € ergäbe sich nach Abzug der Verbindlichkeiten ein Gewinn in Höhe von 15 Mio €, von dem weitere 6 Mio € für Körperschafts- und Gewerbesteuer abzuziehen wären, sodass ein verteilungsfähiger Gewinn in Höhe von 9 Mio € verbliebe, von dem auf den Beklagten 4,5 Mio € entfielen. Da davon allerdings noch wegen des kollusiven Zusammenwirkens des Beklagten mit W. Ku. Schadensersatzansprüche der Nebenintervenientin gegen den Beklagten abzuziehen wären, belaufe sich das Abfindungsguthaben des Beklagten auf Null Euro (Klageschrift S. 146/147 d.A.).

24

Alternativ sei von dem Erlös in Höhe von 2.050.685,40 € auszugehen, den die Nebenintervenientin durch den Verkauf von sechs Wohnungen in den Jahren 2010 bis 2013 erzielt habe. Bei einem demnach durchschnittlichen Wohnungspreis von 341.780,90 € hätten die verbleibenden 49 Wohnungen der

Nebenintervenientin hochgerechnet einen Gesamtwert von 16.747.264,10 €, von dem Verbindlichkeiten in Höhe von 8.457.762,21 € abzuziehen seien. Von dem sich danach ergebenden Betrag von 8.289.501,89 € sei die im Falle der Liquidation anfallende Körperschafts- und Gewerbesteuer in Höhe von 3.315.800,75 € zu subtrahieren, was zu einem verbleibenden Betrag von 4.973.701,13 € führe, der wiederum je zur Hälfte auf den Kläger und den Beklagten zu verteilen sei. Bewerte man die vom Beklagten in kollusivem Zusammenwirken mit W. Ku. der Nebenintervenientin zugefügten Schäden mit 1,5 Mio €, so verbleibe ein Abfindungsanspruch des Beklagten in Höhe von 1,0 Mio € (Klageschrift S. 147/149 d.A.).

25

Als weitere Alternative könne auch von einem - nach Ansicht des Klägers wohl überhöhten - Wert der 49 Wohnungen der Nebenintervenientin von insgesamt 18,61 Mio € ausgegangen werden, von dem nach Abzug der Verbindlichkeiten der Nebenintervenientin in Höhe von 7.898.030,69 € und einer Steuerlast von 4.033.056,70 € noch ein Betrag von 6.678.913,30 € verbleibe, von dem weitere Verbindlichkeiten der Nebenintervenientin in Höhe von 1.000.000 € (vorgetragene Gewinne, Jahresüberschuss des laufenden Geschäftsjahres und eine offene Darlehensforderung des früheren Alleingesellschafters Dr. W. K.) abzuziehen seien, sodass ein Restbetrag von 5.678.913,30 € verbleibe. Dies ergebe ein Abfindungsguthaben von 2.839.456,65 € für den Beklagten. Sollte man die Schadensersatzforderung der Nebenintervenientin in die Berechnung des Abfindungsguthabens des Beklagten einstellen, würde sich dessen Abfindungsguthaben nach Abzug der Steuerlast nur um 699.098,37 € auf 3.538.555,02 € erhöhen, von dem aber der Schadensersatzanspruch gegen W. Ku. in Höhe von 2.330.327,91 € abzuziehen wäre, sodass sich ein Abfindungsguthaben von 1.208.227,11 € ergäbe (Schriftsatz des Klägervertreters vom 08.02.2019, S. 11 - 16, Bl. 412 - 417 d.A.).

26

Die Nebenintervenientin sei auch ohne weiteres in der Lage, eine solche Abfindung aus ihrem freien, ungebundenen Vermögen zu zahlen. Sollte die Nebenintervenientin nämlich stille Reserven in Höhe von 8 Mio € haben, könne sie die Abfindung des Beklagten auszahlen, selbst wenn sich diese auf 7,5 Mio € belaufen sollte (Klageschrift S. 149/150 d.A.).

27

Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, wonach stille Reserven bei der Ermittlung des ungebundenen Vermögens nicht zu berücksichtigen seien, sei die Nebenintervenientin in der Lage, die Abfindung aus freiem ungebundenen Vermögen zu bezahlen. Sie verfüge nämlich über eine freie Liquidität in Höhe von 630.000 €. Nach dem letzten, allerdings nicht festgestellten Jahresabschluss für 2016 laut Anl. K 142 gebe es nicht festgestellte und damit nicht ausschüttungsfähige Gewinne in Höhe von 763.754,15 €, sodass auch nach Abzug des Stammkapitals in Höhe von 25.000 € freies ungebundenes Vermögen in Höhe von wenigstens 600.000 € verbleibe. Bei einem Buchwert der Wohnungen der Nebenintervenientin in Höhe von 8.680.603,03 € und Verbindlichkeiten in Höhe von 7.898.030,69 € ergebe sich eine Differenz in Höhe von 782.572,34, sodass insgesamt freies Vermögen in Höhe von wenigstens 1.382.572 € vorhanden sei, das zur Zahlung der Abfindung des Beklagten in Höhe von 1.000.000 € ohne weiteres ausreiche (Schriftsatz des Klägervertreters vom 08.02.2019, S. 4 - 6, Bl. 405 - 407 d.A.). Darüber hinaus sei auch der Schadensersatzanspruch der Nebenintervenientin gegen ihren früheren Gesellschafter W. Ku. wegen dessen Verfehlungen in Höhe von mindestens 2.330.327,91 € freies Vermögen, welches zur Erfüllung des Abfindungsanspruchs des Beklagten verwendet werden könne (Schriftsatz des Klägervertreters vom 08.02.2019, S. 8 - 10, Bl. 409 - 411 d.A.). Sollte dieser Schadensersatzanspruch gegen W. Ku. nicht rechtzeitig rechtskräftig ausgeurteilt sein, werde der Kläger der Nebenintervenientin den zur Auszahlung des Abfindungsguthabens notwendigen Betrag im Wege einer Einlage rechtzeitig zur Verfügung stellen.

28

Der Kläger beantragte daher:

1. Der Beklagte wird aus der im Handelsregister des Amtsgerichts München unter HRB ...28 eingetragenen ... Wohnbaugesellschaft M. mbH ausgeschlossen und sein Geschäftsanteil an dieser Gesellschaft (Nr. 2 der Gesellschafterliste) nach Wahl des Klägers gegen Zahlung einer der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Abfindung eingezogen oder der Kläger für befugt erklärt, die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten (Nr. 2 der Gesellschafterliste) an sich, die Gesellschaft oder einen Dritten herbeizuführen.

Hilfsweise:

Der Beklagte wird aus der im Handelsregister des Amtsgerichts München unter HRB ...28 eingetragenen ... Wohnbaugesellschaft M. mbH unter der Bedingung ausgeschlossen, dass die Gesellschaft innerhalb eines Zeitraumes von höchstens sechs Monaten ab Rechtskraft dieser Entscheidung an den Beklagten einen der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag zahlt. Unter dieser Bedingung wird der Kläger für befugt erklärt, die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten (Nr. 2 der Gesellschafterliste) an sich, die Gesellschaft oder einen Dritten herbeizuführen.

29

Der Beklagte beantragte,

Klageabweisung.

30

Der Beklagte erwiderte, dass der Kläger nicht aktivlegitimiert sei. Auch bei einer zweigliedrigen GmbH sei die Ausschlussklage durch die Gesellschaft, d.h. die Nebenintervenientin zu erheben.

31

Der Beklagte habe seinen Geschäftsanteil von W. Ku. gekauft, mit dem es keinerlei Absprachen in Bezug auf ein Strohmann- bzw. Treuhandverhältnis gebe. Der Beklagte verfolge einzig und allein seine eigenen wirtschaftlichen Interessen. W. Ku. habe keinerlei Weisungsrecht gegenüber dem Beklagten und auch keinen Anspruch auf Rückübertragung des verkauften Geschäftsanteils. Etwaige in der Person des W. Ku. verwirklichte Ausschlussgründe könnten daher dem Beklagten nicht zugerechnet werden. Die Tatsache, dass der Beklagte ein langjähriger Bekannter des W. Ku. sei, rechtfertige jedenfalls keine Zurechnung.

32

In der Person des Beklagten liege kein Ausschlussgrund vor.

33

In der Gesellschafterversammlung vom 31.01.2018 habe der Beklagte wegen der damit verbundenen nicht absehbaren Risiken gegen die Übernahme des „C.-Projektes“ gestimmt. Darüber hinaus sei die Nebenintervenientin zu diesem Zeitpunkt führungslos gewesen, die Finanzierung des mit einem Investitionsvolumen von mehr als 70.000.000 € verbundenen Projektes sei nicht gesichert gewesen. Im Übrigen handle es sich bei der Nebenintervenientin auch um eine lediglich vermögensverwaltende Gesellschaft.

34

Des Weiteren habe er in der Gesellschafterversammlung vom 31.01.2018 gegen eine sofortige Beendigung der Tätigkeit der A. gestimmt, da zunächst geklärt hätte werden müssen, wer im Anschluss an die A. die Immobilienverwaltung übernehmen solle. Im Übrigen sei die bisherige Verwaltung durch die A. nicht zu beanstanden gewesen und auch die Vergütung marktgerecht und ortsüblich gewesen.

35

In der Gesellschafterversammlung vom 25.05.2018 habe er wiederum gegen eine sofortige Beendigung der Tätigkeit der A. für die Nebenintervenientin sowie gegen die Einstellung der Zahlungen an die A. gestimmt, da sich die A. bereits bereit erklärt habe, ihre Zahlungsansprüche gegen die Nebenintervenientin bis zur Klärung der Berechtigung der Ansprüche zu stunden. Gegen die klageweise Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen W. Ku. habe er gestimmt, da zunächst ein Rechtsgutachten zu den Erfolgsaussichten einer solchen Klage hätte eingeholt werden sollen, wogegen sich allerdings der Kläger ausgesprochen habe.

36

Im Übrigen habe Dr. W. K. in der Zeit als er noch Alleingesellschafter der Nebenintervenientin gewesen sei, dem Dienstleistungsvertrag sowie dem Mietverwaltungsvertrag mit der A. mündlich zugestimmt.

37

Der Beklagte habe auch nicht an Zahlungen der Nebenintervenientin an die A. mitgewirkt.

38

Der Beklagte habe auch nicht die Bestellung eines Notgeschäftsführers verhindern wollen. Vielmehr sei er der Auffassung gewesen, dass aufgrund der Bestellung des Herrn K. zum Geschäftsführer der Nebenintervenientin in der Gesellschafterversammlung vom 04.08.2017 die Nebenintervenientin nicht

führungslos gewesen sei. Nachdem der Kläger eine einstweilige Verfügung gegen Herrn K. (Anl. K 139) erwirkt habe, sei es dem Beklagten nur noch darum gegangen, eine Person zum Geschäftsführer der Nebenintervenientin zu bestellen, die neutral und nicht aus dem Lager des Klägers stamme. Deswegen habe er sich auch gegen die Bestellung des Herrn S. als Notgeschäftsführer gewandt, da er Zweifel an dessen Neutralität gehabt habe.

39

Der Verkehrswert der Nebenintervenientin errechne sich nicht nach dem sogenannten vereinfachten Verkehrswertverfahren. Vielmehr entspreche der Verkehrswert dem derzeitigen Substanzwert der von der Gesellschaft gehaltenen Immobilien abzüglich Veräußerungskosten, Steuerbelastung und bestehender Rückstellungen und Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Der Verkehrswert der 49 Eigentumswohnungen der Nebenintervenientin betrage insgesamt 23.000.000 €, die Rückstellungen und Verbindlichkeiten der Nebenintervenientin beliefen sich zum 31.12.2016 auf 8,25 Mio €, der Buchwert der von der Nebenintervenientin gehaltenen Immobilien betrage mindestens 8.000.000 €, die im Falle der Veräußerung der Immobilien der Nebenintervenientin zu erwartende Steuerbelastung betrage höchstens 4,5 Mio €.

40

Nachdem das Landgericht in der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2018 daraufhin hingewiesen hatte, dass, falls es auf das Abfindungsguthaben des Beklagten ankommen sollte, noch zum Wert der Nebenintervenientin vorgetragen werden müsse (vgl. S. 3 und 4 des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2018, Bl. 361 und 362 d.A.), und die Parteien hierzu schriftsätzlich Stellung genommen hatten, wies das Landgericht mit Endurteil vom 28.02.2019, Az. 16 HK O 10218/18, die Klage ab.

41

Zur Begründung seines Urteils führte das Landgericht aus, dass die Klage zwar zulässig, jedoch unbegründet sei. Es könne dahinstehen, ob der Beklagte sich in der Person des ehemaligen Gesellschafters Ku. liegende Ausschlussgründe entgegenhalten lassen müsse und ob der Beklagte seit seinem Eintritt in die Nebenintervenientin eigene Ausschlussgründe gesetzt habe, die seinen weiteren Verbleib in der Nebenintervenientin für den Kläger unzumutbar machen würden. Denn eine Ausschlussklage sei jedenfalls dann unbegründet, wenn bei Schluss der mündlichen Verhandlung feststehe, dass die Gesellschaft die Abfindung für den auszuschließenden Gesellschafter nicht zahlen könne. Dabei sei nicht auf die vorhandene Liquidität, sondern auf die Kapitalerhaltung und damit die bilanzielle Situation abzustellen. Ob die Gesellschafter willens und in der Lage seien, ausreichend Kapital zur Deckung des Abfindungsbetrages zur Verfügung zu stellen, sei solange nicht erheblich, als es in der Gesellschaft an dem für die Abfindung erforderlichen Kapital fehle.

42

Da der Kläger die an den Beklagten zu zahlende Abfindung weder beziffert noch eine zeitnah erstellte, geprüfte und von der Gesellschafterversammlung festgestellte Bilanz oder gar eine Stichtagsbilanz vorgelegt habe und auch keine der Parteien Angaben zum stichtagsbezogenen Schuldenstand der Nebenintervenientin gemacht habe, der Parteivortrag also ungenügend sei, sei der Abfindungsbetrag zu schätzen gewesen. Auszugehen sei vom niedrigsten vom Kläger behaupteten, sich bei der Liquidation der Nebenintervenientin ergebenden Betrag von 2.486.850 € als gesichertem Mindestabfindungsbetrag. Angesichts der Tatsache, dass der Kläger die Entwicklung des Münchener Wohnungsmarktes sowie das Bankguthaben der Nebenintervenientin nicht berücksichtigt habe, gleichzeitig aber die Verbindlichkeiten der Nebenintervenientin großzügig bemessen habe, sei auszuschließen, dass die Abfindung unter einem Betrag von 2,5 Mio € liege (LGU S. 13 und 14).

43

Ausweislich der letzten, vom Kläger aber nicht als richtig anerkannten Bilanz zum 31.12.2016 (Anl. K 142) verfüge die Nebenintervenientin über ein gezeichnetes Kapital in Höhe von 25.000,00 € und habe 2016 einen Gewinnvortrag von 582.274,26 € und einen Gewinn für 2016 in Höhe von 181.479,89 € ausgewiesen. Weiteres sei vom Kläger nicht vorgetragen worden (LGU S. 14/15).

44

Eine Aktivierung des vom Kläger behaupteten Schadensersatzanspruchs der Nebenintervenientin gegen den ehemaligen Gesellschafter-Geschäftsführer Ku. komme wegen gänzlicher Ungewissheit der Forderung nicht in Betracht. Ein diesbezüglicher Titel läge nicht vor. Im Übrigen sei nach dem eigenen Vortrag des

Klägers die Vollstreckung davon abhängig, dass der Beklagte den ehemaligen Gesellschafter-Geschäftsführer an der Abfindung beteilige oder ihm die Anteile an der Gesellschaft zurückübertrage.

45

Da somit der geschätzte Mindestabfindungsbetrag von 2,5 Mio € ein Mehrfaches des freien Vermögens der Nebenintervenientin betrage, würde die Bilanzierung des Abfindungsanspruchs zu einer gravierenden Unterbilanz führen, sodass die Klage abzuweisen sei.

46

Auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Endurteils wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen.

47

Mit ihren Berufungen verfolgen der Kläger und die Nebenintervenientin ihr Ausschlussziel vollumfänglich weiter.

48

Nach der teilweise wortwörtlichen Wiederholung seines erstinstanzlichen Vortrages sowie seines Tatbestandsberichtigungsantrags vom 25.03.2019, den das Landgericht nicht richtig gewürdigt habe, rügt der Kläger auch, dass es sich bei der landgerichtlichen Entscheidung um eine Überraschungsentscheidung handle, da das Landgericht den Kläger nicht darauf hingewiesen habe, dass es seinen Vortrag für ungenügend erachte. Hätte das Landgericht diesen notwendigen Hinweis erteilt, hätte der Kläger unter Bezugnahme auf die Kaufverträge für die 49 Wohnungen der Nebenintervenientin, die (teilweise nicht festgestellten) Jahresabschlüsse der Nebenintervenientin für die Jahre 2009 bis 2016 sowie der vom Beklagten vorgelegten Wertgutachten laut Anl. B 39 und B 40 sowie dem vom Kläger erhaltenen Privatgutachten laut Anl. K 122 in Ergänzung seines erstinstanzlichen Vortrags dargelegt, dass die Wohnungen der Nebenintervenientin einen Wert von 18.610.000 € hätten. Daraus ergebe sich dann - wie bereits erstinstanzlich vorgetragen - ein Abfindungsanspruch des Beklagten in Höhe von 2.839.465,65 € und bei Einbeziehung des Schadensersatzanspruchs der Nebenintervenientin in Höhe von 3.538.555,02 € (Berufungsbegründungsschriftsatz des Klägersvertreters vom 11.06.2019, S. 41 - 51, Bl. 552 - 562 d.A.).

49

Im Übrigen komme es auf die Frage, ob die Nebenintervenientin die Abfindung des Beklagten zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung aus ihrem freiem ungebundenen Vermögen zahlen könne, gar nicht an. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nichtigkeit von Einziehungsbeschlüssen für den Fall, dass zum Zeitpunkt der Beschlussfassung bereits feststehe, dass die Gesellschaft nicht in der Lage sei, den Abfindungsanspruch des Betroffenen aus dem ungebundenen Vermögen zu bezahlen, sei nämlich im streitgegenständlichen Fall nicht einschlägig. Denn für Fälle, in denen es - wie vorliegend - keine Satzungsregelung zum Ausschluss eines Gesellschafters gebe, sei weder die Rechtsprechung noch der überwiegende Teil des Schrifttums von der Bedingungslösung abgerückt. Die Urteile des Bundesgerichtshofes vom 24.01.2021 und vom 26.06.2018 beträfen daher auch nur Fälle, in denen die Gesellschafter Zwangseinziehungsbeschlüsse gefasst hätten. Vielmehr gelte für die streitgegenständliche Sachverhaltskonstellation die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 1953 (Urteil vom 01.04.1953 - II ZR 235/52) unverändert weiter, derzufolge die Zahlung der dem Beklagten zustehenden Abfindung innerhalb einer vom Gericht festzusetzenden Frist nach Erlass des Gestaltungsurteils, mit dem der Ausschluss des Gesellschafters angeordnet wurde, nur eine nach Erlass des Gestaltungsurteils zu erfüllende Bedingung für die Wirksamkeit des Gestaltungsurteils sei. Diese Rechtsprechung verlange jedoch gerade nicht - wie nunmehr aber das Landgericht -, dass die Zahlung der Abfindung an den auszuschließenden Gesellschafter aus dem freien ungebundenen Vermögen der Gesellschaft bereits zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung möglich sein müsse (Berufungsbegründungsschriftsatz des Klägersvertreters vom 11.06.2019, S. 51 ff., Bl. 562 ff. d.A.).

50

Der Kläger beantragt daher:

1. Unter Abänderung des am 28.02.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts München I, Aktenzeichen 16 HK O 10218/18 wird der Beklagte aus der im Handelsregister des Amtsgerichts München unter HRB ...28 eingetragenen ... Wohnbaugesellschaft M. mbH ausgeschlossen und sein Geschäftsanteil an dieser Gesellschaft (Nr. 2 der Gesellschafterliste) nach Wahl des Klägers gegen Zahlung einer der Höhe nach in

das Ermessen des Gerichts gestellten Abfindung eingezogen oder der Kläger für befugt erklärt, die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten (Nr. 2 der Gesellschafterliste) an sich, die Gesellschaft oder einen Dritten herbeizuführen.

Hilfsweise beantragt der Kläger:

2. Unter Abänderung des am 28.02.2019 verkündeten Urteils des Landgerichts München I, Aktenzeichen 16 HK O 10218/18 wird der Beklagte aus der im Handelsregister des Amtsgerichts München unter HRB ...28 eingetragenen ...Wohnbaugesellschaft M. mbH unter der Bedingung ausgeschlossen, dass die Gesellschaft innerhalb eines Zeitraumes von höchstens sechs Monaten ab Rechtskraft dieser Entscheidung an den Beklagten einen der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Betrag zahlt. Unter dieser Bedingung wird der Kläger für befugt erklärt, die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten (Nr. 2 der Gesellschafterliste) an sich, die Gesellschaft oder einen Dritten herbeizuführen.

51

Des Weiteren beantragt der Kläger hilfsweise und rein vorsorglich für den Fall, dass der Senat das Abfindungsguthaben nicht schätzen kann:

3. Der Rechtsstreit wird gemäß § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen.

52

Die Nebenintervenientin trägt unter Bezugnahme auf die Berufungsbegründung des Klägersvertreters zur Begründung ihrer Berufung im Wesentlichen vor, dass das Landgericht in Verkennung der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 01.04.1953 - II ZR 235/52) und damit zu Unrecht die Klage abgewiesen habe, weil zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung bereits feststehe, dass die Nebenintervenientin die Abfindung des Beklagten nicht aus ihrem freien ungebundenen Vermögen zahlen könne (vgl. Berufungsbegründungsschriftsatz vom 06.06.2019, S. 3 und 4, Bl. 507/508 d.A.). Darauf komme es nämlich bei fehlender Satzungsregelung zum Ausschluss eines Gesellschafters nicht an.

53

Die in den von W. Ku. aufgestellten Jahresabschlüsse für die Jahre 2012 bis 2017 ausgewiesenen Ergebnisse der Nebenintervenientin seien um die von W. Ku. pflichtwidrig veranlassten Zahlungen an die A. und an sich selbst zu korrigieren, sodass sich ein Gewinn für 2012 von 310.412,79 €, für 2013 von 755.255,42 €, für 2014 von 256.803,30 €, für 2015 von 292.802,84 € für 2016 von 297.121,61 € und für 2017 von 48.284,07 € ergebe (vgl. Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten der Nebenintervenientin vom 08.06.2021, S. 6, Bl. 694 d.A.).

54

Zum 17.07.2018 (dem Zeitpunkt der Erhebung der Ausschlussklage) habe die Nebenintervenientin über Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände in Höhe von 137.785,85 € sowie einen Kassenbestand von 620.522,81 € verfügt. Die Passivseite der Bilanz der Nebenintervenientin (Anl. NI 5) habe sich wie folgt dargestellt: Eigenkapital (davon gezeichnetes Kapital 25.000,00 €, Gewinnvortrag 772.627,49 €, Rückstellungen: 159.422,49 €), Verbindlichkeiten 8.152.689,62 € (davon gegenüber Kreditinstituten 7.814.100,61 €, Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen 16.117,30, sonstige Verbindlichkeiten 322.471,71).

55

Die Nebenintervenientin beantragt daher unter Abänderung des am 28.02.2019 verkündeten erstinstanzlichen Urteils des Landgerichts München (Az. 16 HK O 10218/18) wie folgt zu erkennen:

Der Beklagte wird aus der im Handelsregister des Amtsgerichts München unter HRB ...28 eingetragenen ...Wohnbaugesellschaft M. mbH unter der Bedingung ausgeschlossen, dass die Gesellschaft innerhalb eines Zeitraumes von höchstens sechs Monaten ab Rechtskraft dieser Entscheidung an den Beklagten einen der Höhe nach in das Ermessen des Gerichts gestellten Abfindungsbetrag zahlt. Unter dieser Bedingung wird der Kläger für befugt erklärt, nach seiner Wahl die Einziehung oder die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten (Nr. 2 der Gesellschafterliste) an sich, die Gesellschaft oder einen Dritten herbeizuführen.

56

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

57

Der Beklagte führt zur Begründung aus, dass die Klage schon deshalb abzuweisen gewesen sei, da der klägerische Vortrag zur Höhe des Abfindungsguthabens des Beklagten nicht hinreichend substantiiert sei. Der Kläger hätte nämlich eine auf den Zeitpunkt der Erhebung der Ausschließungsklage bezogene Stichtagsbilanz vorlegen müsse, aus der sich das Aktiv- und Passivvermögen der Nebenintervenientin ergebe. Die Vorlage einer solchen Bilanz wäre dem Kläger auch möglich gewesen, da der seit dem 20.07.2018 vom Amtsgericht München bestellte Notgeschäftsführer der Nebenintervenientin dem Kläger alle von diesem benötigten Auskünfte erteile und die Erstellung der Jahresabschlüsse auch zum Aufgabenkreis des Notgeschäftsführers gehöre. Der Kläger habe trotz des Hinweises des Landgerichts in der mündlichen Verhandlung vom 27.11.2018 nur zum Wert der 49 Wohnungen sowie zu den Kreditverbindlichkeiten der Nebenintervenientin vorgetragen, nicht jedoch zu den anderen Bestandteilen des Aktivvermögens (wie bspw. Umlaufvermögen, insbesondere Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände, Kassenbestand) sowie des Passivvermögens (bspw. Rückstellungen, sonstige Verbindlichkeiten und Rechnungsabgrenzungsposten) zum Zeitpunkt der Klageerhebung (vgl. Berufungsbegründungsschriftsatz des Beklagtenvertreters vom 26.09.2019, S. 2 - 6, Bl. 604 - 608 d.A.).

58

Zu Recht habe das Landgericht die Klage auch deshalb abgewiesen, weil zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung kein hinreichendes freies Vermögen der Nebenintervenientin bestanden habe, um die Abfindung des Beklagten zu zahlen. Denn dieses belaufe sich selbst nach dem klägerischen Vortrag nur auf 1.382.572 €, da der streitige Anspruch der Nebenintervenientin gegen W. Ku. nach dem handelsrechtlichen Vorsichtsprinzip nicht aktiviert werden könne, und reiche daher nicht zur Deckung des sich nach dem klägerischen Vortrag auf 2.486.860,56 € belaufenden Abfindungsanspruch des Beklagten (vgl. Berufungsbegründungsschriftsatz des Beklagtenvertreters vom 26.09.2019, S. 7 - 9, Bl. 609 - 611 d.A.).

59

Im Übrigen sei das Abfindungsguthaben des Beklagten aber nicht mit den vom Kläger angesetzten Betrag von 2.486.860,56 €, sondern mit mindestens 7 Mio € zu bemessen. Denn die 49 Wohnung mit einer Gesamtwohnfläche von 1.635,00 qm hätten unter Zugrundelegung eines Quadratmeterpreises für Bestandsimmobilien von 7.000 € zum Zeitpunkt der Klageerhebung einen Wert von 26.019.000 € gehabt. Zu addieren sei noch das Umlaufvermögen in Höhe von 2.730.327,91 €, wobei die vom Kläger vorgetragenen Ansprüche gegen W. Ku. in Höhe von 2.330.327,91 € berücksichtigt seien. Nach Abzug von Rückstellungen und Verbindlichkeiten in Höhe von 8.200.000 € sowie der zu erwartenden Steuerbelastungen im Umfang von 6.548.633,89 € verbleibe ein Betrag von 14.000.961,02 €, von dem dem Beklagte die Hälfte, mithin 7.000.480,51 €, zustünden. Diesen Betrag könne die Nebenintervenientin in keinem Fall aus ihrem freien Vermögen bezahlen (vgl. Berufungsbegründungsschriftsatz des Beklagtenvertreters vom 26.09.2019, S. 9 - 11, Bl. 609 - 611 d.A.).

60

Der Senat hat am 16.06.2021 mündlich verhandelt. Auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.06.2021, die zwischen den Prozessbevollmächtigten gewechselten Schriftsätze und den übrigen Akteninhalt wird Bezug genommen.

B.

61

Die Berufungen des Klägers und der Nebenintervenientin sind unbegründet, da das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen hat. Denn zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung am 16.06.2021 steht fest, dass die Nebenintervenientin die Abfindung des Beklagten nicht aus ihrem freien ungebundenen Vermögen bezahlen kann.

I.

62

1. Sieht die Satzung eine Einziehung eines Gesellschaftsanteils vor und fassen die Gesellschafter einen dementsprechenden Einziehungsbeschluss, so ist dieser entsprechend § 243 Nr. 2 AktG nichtig, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die

Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann (vgl. BGH Urteil vom 26.06.2018 - II ZR 65/16, Rdnr. 13 und Urteil vom 05.04.2011 - II ZR 263/08, Rdnr. 13). Da sich diese Notwendigkeit der Zahlbarkeit der Abfindung aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen aus dem in §§ 30 Abs. 1, 34 Abs. 3 GmbHG statuierten Grundsatz der Kapitalerhaltung ergibt und insoweit eine bilanzielle Betrachtungsweise gilt, dürfen Auszahlungen an (ausgeschiedene) Gesellschafter nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen. Ob eine solche vorliegt, bestimmt sich nicht nach den Verkehrswerten, sondern nach den Buchwerten einer stichtagsbezogenen Handelsbilanz, sodass stille Reserven keine Berücksichtigung finden (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2018 - II ZR 65/16, Rdnr. 15 und Urteil vom 05.04.2011 - II ZR 263/08, Rdnr. 17).

63

Diese Grundsätze gelten auch für auf einer Satzungsgrundlage beruhende Ausschlussbeschlüsse (vgl. BGH, Urteil vom 05.04.2011 - II ZR 263/08, Rdnr. 19).

64

2. Zwar enthält die Satzung der Nebenintervenientin im Unterschied zu den Satzungen in den beiden oben in Bezug genommenen BGH-Entscheidungen aus den Jahren 2011 und 2018 weder eine Regelung zur Einziehung noch zum Ausschluss (insoweit kommt eine solche Fallkonstellation nicht nur in der „grauen Theorie“ vor wie Altmeyen in GmbHG, 10. Auflage, München 2021, Rdnr. 34 zu § 34 GmbHG meint) und liegt auch kein Ausschluss- und/oder Einziehungsbeschluss der Gesellschafterversammlung vor, jedoch ist auch im Rahmen des deswegen zur Herbeiführung eines Ausschlusses erforderlichen Gestaltungsurteils der Kapitalerhaltungsgrundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten, sodass auch ein derartiges Gestaltungsteil nur gefällt werden kann, wenn zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf deren Grundlage das Gestaltungsurteil ergeht, nicht schon feststeht, dass die Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen der Gesellschaft bezahlt werden kann (vgl. Strohn in Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Auflage, München 2018, Rdnr. 175 zu § 34 GmbHG, Görner in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Auflage, Köln 2017, Rdnr. 88 zu § 34 GmbHG, Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Auflage, Köln 2020, Rdnr. 119 zu § 34 GmbHG, Schindler in BeckOK GmbHG, 47. Edition Stand 01.11.2020, Rdnr. 118 zu § 34 GmbHG).

65

Die Frage, ob eine auf Ausschluss eines Gesellschafters gerichtete Gestaltungsklage für ihre Begründetheit voraussetzt, dass zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung hinreichend freies Vermögen bei der Gesellschaft vorhanden ist, um den auszuschließenden Gesellschafter abzufinden, kann zwar grundsätzlich von der Frage getrennt werden, ob die Wirksamkeit eines den Ausschluss eines Gesellschafters aussprechenden Gestaltungsurteils davon abhängt, dass der auszuschließende Gesellschafter von der Gesellschaft binnen einer für den Einzelfall angemessenen Frist den im Urteil zu bestimmenden Gegenwert für seinen Geschäftsanteil erhält. Der BGH hat aber in seinem Urteil vom 01.04.1953 - II ZR 235/52 entschieden, dass, wenn in der Satzung ein Ausschluss nicht geregelt ist, auch bei einer Gesellschaft, die über kein das Stammkapital ausreichend übersteigendes Vermögen verfügt und auch nicht in der Lage ist, den Abfindungsbetrag durch Zuzahlungen der Gesellschafter oder mit Hilfe eines Dritten aufzubringen, ein Ausschlussurteil ergehen kann, dieses aber durch das Gericht dahingehend bedingt werden muss, dass der ausgeschlossene Gesellschafter von der Gesellschaft den im Ausschlussurteil festzusetzenden Abfindungsbetrag binnen einer ebenfalls im Urteil zu bestimmenden Frist ausbezahlt erhält. Begründet wurde dies damit, dass, wollte man hinreichend freies Kapital stets schon vor Erlass eines Ausschlussurteils, nämlich zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung, verlangen, der Ausschluss eines untragbar gewordenen Gesellschafters über Gebühr erschwert wäre. Durch die Möglichkeit eines bedingten Gestaltungsurteils würde die Gesellschaft dagegen, nachdem das Vorliegen eines den Ausschluss begründenden wichtigen Grundes rechtskräftig feststeht, eher in die Lage versetzt werden, die für die Abfindung benötigten Mittel zu beschaffen, um einen untragbar gewordenen Gesellschafter auszahlen und damit ausschließen zu können (BGH, aaO, Rdnr. 33 f.).

66

Nachdem aber der BGH im Falle einer durch Beschluss der Gesellschafter auf der Grundlage einer diesbezüglichen Satzungsbestimmung vorgenommenen Einziehung den bis dahin in Literatur und Rechtsprechung bestehenden Meinungsstreit, ob eine Einziehung vor Zahlung des Abfindungsentgelts wirksam wird, dahingehend entschied, dass der Einziehungsbeschluss mit seiner Fassung unabhängig von

einer Abfindungszahlung wirksam und vollziehbar wird (BGH, Urteil vom 24.01.2012 - II ZR 109/11, Rdnr. 13 ff.), hält der Senat eine Übertragung der vom BGH für diesen Fall entwickelten Grundsätze aus den Gründen, die den BGH zur Ablehnung der Bedingungslösung in Beschlussfällen bewegt haben (BGH aaO, Rdnr. 13 - 16), auch auf den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters durch Gestaltungsurteil für angezeigt.

67

Die Kapitalerhaltungspflicht des § 30 Abs. 1 GmbHG, auf der die Notwendigkeit der Erbringbarkeit der Abfindungszahlung an den auszuschließenden Gesellschafter aus freiem Vermögen der Gesellschaft beruht (vgl. BGH, Urteil vom 05.04.2011 - II ZR 263/08, Rdnr. 19 zum Ausschluss auf der Basis einer Vereinbarung in der Satzung), dient nämlich dem Schutz der Gläubiger, nicht aber des auszuschließenden Gesellschafters, sodass dieser daraus auch nicht zu seinen Gunsten ableiten kann, dass die Ausschließung erst mit der Zahlung der Abfindung an ihn wirksam wird (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2012 - II ZR 109/11, Rdnr. 13).

68

Insbesondere wird aber durch eine Aufgabe der Bedingungslösung auch für den Ausschluss durch Gestaltungsurteil der dadurch eintretende Schwebezustand bis zur Zahlung der Abfindung bzw. bis zum Ablauf der vom Gericht gesetzten Zahlungsfrist vermieden, während dem der auszuschließende Gesellschafter weiterhin seine Mitgliedsrechte ausüben kann, obwohl die Unzumutbarkeit seines weiteren Verbleibs in der Gesellschaft für die übrigen Gesellschafter bereits rechtskräftig festgestellt wurde. Dies stellt einen vermeidbaren Quell weiteren Unfriedens dar (BGH, Urteil vom 24.01.2012 - II ZR 109/11, Rdnr. 14).

69

Die Tatsache, dass der auszuschließende Gesellschafter im Falle eines auf einem Ausschlussstatbestand in der Satzung beruhenden Ausschließungsbeschlusses der Möglichkeit eines Ausschlusses bei Vorliegen eines wichtigen Grundes bereits vorab durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages zugestimmt hat, der Gesellschafter einer Gesellschaft, deren Satzung eine Regelung zum Ausschluss aus wichtigem Grund nicht enthält, dagegen nicht (BGH, Urteil vom 24.01.2012 - II ZR 109/11, Rdnr. 16 aE), begründet für sich genommen die Bedingungslösung nicht. Denn ein Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund ist sowohl bei Vorliegen einer Satzungsregelung als auch ohne derartige Regelung möglich, sofern der wichtige Grund nur tatsächlich vorliegt. Ob ein Gesellschafter seine Zustimmung zur Möglichkeit eines Ausschlusses für den Fall des Vorliegens eines wichtigen Grundes bereits bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages antizipiert hat, ist damit nur insoweit von Relevanz, als dadurch die weitere Vorgehensweise der Gesellschafter bestimmt wird: Fassung eines Ausschließungsbeschlusses, den der auszuschließende Gesellschafter gerichtlich auf Beschlussmängel hin überprüfen lassen kann, im einen Fall, Erhebung einer Ausschlussklage im anderen.

70

Auch wenn die Zahlung der Abfindung an den auszuschließenden Gesellschafter damit nach Ansicht des Senats keine Bedingung für das Wirksamwerden des den Ausschluss aussprechenden Gestaltungsurteils ist, muss dieses jedoch die Kapitalerhaltungspflicht des § 30 Abs. 1 GmbHG berücksichtigen und muss sicherstellen, dass ein Ausschluss nur ausgesprochen wird, wenn nicht schon bei Urteilerlass feststeht, dass die an den auszuschließenden Gesellschafter zu zahlende Abfindung nicht aus dem freien Vermögen der Gesellschaft aufgebracht werden kann. Denn die Gläubiger der Gesellschaft sind bei einem Ausschluss eines der Gesellschafter aufgrund eines Gestaltungsurteils nicht weniger schutzwürdig als bei einem auf einer Satzungsgrundlage beruhenden Beschluss über die Ausschließung eines Gesellschafters. In beiden Fällen ist nach § 30 Abs. 1 GmbHG sicherzustellen, dass nach der Auszahlung der Abfindung an den ausgeschlossenen Gesellschafter zumindest das Stammkapital in der Gesellschaft verbleibt. Nach der bisherigen Rechtsprechung ist dies jedoch in den beiden Konstellationen nicht in gleichem Maße der Fall. Denn liegt ein Ausschließungsbeschluss auf Satzungsgrundlage vor, so darf nach der Rechtsprechung nicht schon bei Beschlussfassung feststehen, dass die Abfindung nicht aus dem freien Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann, ansonsten der Beschluss wegen des Verstoßes gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz des § 30 Abs. 1 GmbHG nichtig ist (vgl. BGH, Urteil vom 05.04.2011 - II ZR 263/08, Rdnr. 19). Bei einem Ausschluss durch Gestaltungsurteil wird nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH die Einhaltung des Kapitalerhaltungsgebots hingegen gerichtlich gar nicht überprüft, da das Gericht bei seiner Entscheidung nur das von der Kapitalerhaltung unabhängige Vorliegen eines den

Ausschluss tragenden wichtigen Grundes festzustellen und die Höhe der an den auszuschließenden Gesellschafter zu zahlenden Abfindung sowie die Zahlungsfrist festzusetzen hat. Die tatsächliche Zahlung der Abfindung führt dann nur zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung, unter der das Ausschlussurteil stand; ob die Zahlung aus freiem Vermögen der Gesellschaft erfolgt, wird gerichtlich nicht mehr geprüft.

71

Schließlich führt die bisherige Rechtsprechung auch dazu, dass bei Gesellschaften, deren Satzungen keine Regelungen zum Ausschluss eines Gesellschafters enthalten, es also gerade noch keine antizipierte Zustimmung der Gesellschafter zum Ausschluss aus wichtigem Grund gibt, ein solcher Ausschluss faktisch dadurch erleichtert wird, dass der Gesellschaft die Möglichkeit gegeben wird, binnen der vom Gericht festzusetzenden Frist die für die Abfindungszahlung benötigten Geldmittel nach Urteilserlass erst noch zu beschaffen (so ausdrücklich BGH, Urteil vom 01.04.1953 - II ZR 235/52, Rdnr. 33 zur Begründung der Bedingungslösung), während bei einer Gesellschaft, deren Satzung die Ausschlussmöglichkeit ausdrücklich vorsieht, die nötigen Mittel bei Beschlussfassung bereits vorhanden sein müssen, der Ausschluss also erschwert wird.

72

Das Erfordernis hinreichend freien Vermögens der Gesellschaft bereits bei Vornahme der Ausschlussentscheidung, das heißt bei Beschlussfassung oder bei Erlass des Gestaltungsurteils, würde dagegen einen zumindest prinzipiellen Gleichlauf der Ausschließungsfälle unabhängig vom Vorliegen einer Satzungsregelung und einer dementsprechenden Beschlussfassung durch die Gesellschafter bewirken.

II.

73

Von diesen Grundsätzen ausgehend hat das Landgericht zutreffend angenommen, die Nebenintervenientin die dem Beklagten zustehende Abfindung nicht aus freiem Vermögen werde zahlen können.

74

1. Hinsichtlich der Höhe des dem Beklagten zustehenden Abfindungsguthabens kann dahinstehen, ob der zur Berechnung des Abfindungsguthabens vom Kläger herangezogene Wert der Nebenintervenientin oder der vom Beklagten vorgetragene Wert (7 Mio € laut Berufungsbegründung) zutreffend ist. Denn selbst unter Zugrundelegung des klägerischen Wertes würde die Nebenintervenientin nicht über genügend freies Vermögen zur Auszahlung des Beklagten verfügen.

75

Der Kläger hatte bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass die 49 Wohnungen der Nebenintervenientin einen Wert von insgesamt 18.610.000 € hätten, wovon nach Abzug der Verbindlichkeiten der Nebenintervenientin in Höhe von 7.898.030,69 € und einer Steuerlast von 4.033.056,70 € noch ein Betrag von 6.678.913,30 € verbliebe, von dem weitere Verbindlichkeiten der Nebenintervenientin in Höhe von 1.000.000 € (vorgetragene Gewinne, Jahresüberschuss des laufenden Geschäftsjahres und eine offene Darlehensforderung des früheren Alleingeschafters Dr. W. K.) abzuziehen seien, sodass ein Restbetrag von 5.678.913,30 € verbleibe, der durch zwei geteilt, ein Abfindungsguthaben des Beklagten von 2.839.456,65 € ergebe. Diese Wertangabe hat er in der Berufung bekräftigt und dazu unter Berufung auf einen angeblich unterlassenen Hinweis des Landgerichts unter Vorlage weiterer die Wohnungen betreffender Unterlagen (insbesondere der Kaufverträge und Wertermittlungsunterlagen) ergänzend vorgetragen, um seine diesbezüglichen erstinstanzlichen Darlegungen weiter zu substantiieren.

76

Damit hat der Kläger seine früheren erstinstanzlichen Angaben zur Höhe des Abfindungsguthabens des Beklagten (Null Euro und 1,0 Mio €) geändert. Diese Wertangaben, die mit dem konkretisierten Vortrag des Klägers nicht vereinbar sind, wären unabhängig davon ohnehin unsubstanziert, da nicht nachvollziehbar ist, wie sie sich errechnen. So geht der Kläger im Rahmen seiner Behauptung, das Abfindungsguthaben des Beklagten läge bei Null Euro, von einem „verteilungsfähigen Gewinn“ des Beklagten in Höhe von 4,5 Mio € aus und zieht davon einen nicht bezifferten Schadensersatzanspruch der Nebenintervenientin gegen den Beklagten ab, sodass auch bei Unterstellung, dass mit „Gewinn“ das Abfindungsguthaben gemeint ist, nicht nachvollziehbar ist, wie der Kläger auf das errechnete Abfindungsguthaben von Null Euro kommt. Denn gleichzeitig bemisst der Kläger den Schadensersatzanspruch der Nebenintervenientin gegen den Beklagten einmal in Höhe von 1,5 Mio € und einmal in Höhe von 2,3 Mio €. In beiden Fällen ergäbe sich sodann nach

der Rechnung des Klägers aber immer noch ein Abfindungsguthaben des Beklagten in Höhe von 3 Mio € (4,5 Mio € abzüglich 1,5 Mio €) bzw. 2,2 Mio € (4,5 Mio € abzüglich 2,3 Mio €).

77

Die erstmals in der Berufung erfolgten Ausführungen der Nebenintervenientin zur Höhe des Abfindungsguthabens des Beklagten ändern nichts daran, dass insoweit die klägerischen Angaben zu Grunde zu legen sind, da gemäß § 67 2. Hs. ZPO Erklärungen der Nebenintervenientin nicht in Widerspruch zu Erklärungen des Klägers als Hauptpartei stehen dürfen. Da der Kläger (im Gegensatz zur Nebenintervenientin) das von ihm behauptete Abfindungsguthaben des Beklagten beziffert hat, ist im Weiteren davon auszugehen.

78

2. Legt man also mit dem Kläger ein Abfindungsguthaben des Beklagten in Höhe von 2.839.456,65 € zu Grunde, so steht zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Senat fest, dass das freie ungebundene Vermögen der Nebenintervenienten nicht ausreicht, um diese Abfindung an den Beklagten zu bezahlen.

79

a. Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen ist durch eine bilanzmäßige Gegenüberstellung der Aktiva und Passiva zu ermitteln, wobei die Aktiva nach § 30 Abs. 1 GmbHG insoweit gebunden sind, als sie zur Deckung der echten Passiva, also des Fremdkapitals einschließlich der Rücklagen und des Stammkapitals erforderlich sind. Auszahlungsfähig ist dementsprechend derjenige Teil des Reinvermögens, der den Betrag des Stammkapitals übersteigt und dem bilanzmäßig auf der Passivseite eine frei verfügbare Rücklagen-, Gewinn- oder Gewinnvortragsposition entspricht. Verboten sind Auszahlungen, wenn eine Unterbilanz besteht oder durch die Auszahlung herbeigeführt würde, d.h. wenn das Aktivvermögen das Fremdkapital zuzüglich Rückstellungen und das Stammkapital nicht mehr deckt (vgl. Altmeppen in Altmeppen, GmbHG, 10. Auflage, München 2021, Rdnrn 9 und 10 zu § 30 GmbHG m.w.N.).

80

b. Angaben zum im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorhandenen freien Vermögen der Nebenintervenientin machen weder die Parteien noch die Nebenintervenientin.

81

aa. Zieht man den (allerdings nicht festgestellten) Jahresabschluss der Nebenintervenientin für das Jahr 2016 (Anl. K 142) heran, so weist die Bilanz für das Jahr 2016 auf der Passivseite einen Gewinnvortrag in Höhe von 582.274,26 € und einen Gewinn für das Jahr 2016 in Höhe von 181.479 € aus. Da weiteres frei verfügbares Vermögen der Nebenintervenientin der Bilanz nicht zu entnehmen ist, stand damit Stand 31.12.2016 ein Betrag in Höhe von 763.753,26 € zur Verfügung, um die Abfindung des Beklagten zu bezahlen. Schreibt man nun die Bilanz fort und geht von einem aus dem Durchschnitt der Jahresüberschüsse 2015 (134.807,66 €) und 2016 (181.479,89 €) errechneten Jahresüberschuss von 158.144 € für die Folgejahre 2017 bis 2020 aus, so ergibt sich ein nach § 287 ZPO geschätztes frei verfügbares Vermögen der Nebenintervenientin von lediglich 1.396.328,36 €, das weit unter der Höhe des Abfindungsguthabens des Beklagten liegt.

82

bb. Stellt man auf die von der Nebenintervenientin mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 08.06.2021 (dort S. 5 ff., Bl. 693 ff. d.A.) erstmals in der Berufung vorgelegte (ebenfalls nicht festgestellte) Bilanz zum Stichtag 17.07.2018 laut NI 5 sowie die ergänzend vorgetragenen Jahresergebnisse ab, so ergibt sich kein anderes Ergebnis. Denn demnach belief sich der Gewinnvortrag auf 772.627,49 €. Weiteres freies Vermögen ergibt sich aus dieser Bilanz nicht. Schreibt man die Bilanz zum 17.07.2018 bis 2020 fort, so ergibt sich aus den Jahresergebnissen für 2012 bis 2017 ein Gesamtüberschuss in Höhe von 938.355,61 € (- 96.754,04 € + 568.787,18 € + 141.161,58 € + 134.807,66 € + 181.479,89 € + 8.873,34 €) und damit ein durchschnittlicher Jahresgewinn von 156.392,60 € (938.355,61 € : 6), sodass sich der in der Bilanz ausgewiesene Gewinnvortrag um 469.177,80 € (156.392,60 € x 3) auf insgesamt 1.241.805,29 € erhöhen würde. Die von der Nebenintervenientin vorgenommene Korrektur der Jahresergebnisse 2012 bis 2017 durch Erhöhung des Jahresgewinns um die von W. Ku. veranlassten Zahlungen an die A. und an sich selbst hat zu unterbleiben. Denn dadurch würde im Ergebnis ein (von W. Ku. vollumfänglich bestrittener) Schadensersatzanspruch der Nebenintervenientin gegen W. Ku. in der Bilanz zu Unrecht aktiviert. Denn

nach dem Vorsichtsprinzip des Handelsbilanzrechts (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB) dürfen Forderungen, die in vollem Umfang bestritten werden, erst dann aktiviert und als realisierte Erträge erfasst werden, wenn und soweit sie entweder rechtskräftig festgestellt oder vom Schuldner anerkannt worden sind (vgl. BFH, Urteil vom 26.02.2004 - I R 12/14, Rdnr. 20). Keine der beiden Alternativen ist vorliegend erfüllt.

83

Selbst wenn man aber mit der Nebenintervenientin - wie nicht - von den korrigierten Jahresergebnissen ausgehen wollte, so wäre immer noch nicht genügend freies Vermögen der Nebenintervenientin vorhanden. Denn dann ergäbe sich im Rahmen der Fortschreibung der Bilanz für die Jahre 2018 bis 2020 bei einem Gesamtergebnis von 1.960.680,03 € in den Jahren 2012 bis 2017 (310.412,79 € + 755.255,42 € + 256.803,30 € + 292.802,84 € + 297.121,61 € + 48.284,07 €) und damit einem geschätzten durchschnittlichen Jahresgewinn der Nebenintervenientin von 326.780,01 € eine Erhöhung des in der Bilanz ausgewiesenen Gewinnvortrages von 772.627,49 € um 980.340,02 € auf sodann 1.752.967,51 €. Auch dieser Betrag reicht für die Zahlung des Abfindungsguthabens des Beklagten jedoch bei weitem noch nicht aus.

84

c. Daran ändert auch der vom Kläger behauptete Schadensersatzanspruch der Nebenintervenientin gegen W. Ku. in Höhe von mindestens 2.330.327,91 € nichts, da dieser nach den oben unter b bb dargelegten Grundsätzen nicht zu aktivieren ist. Denn der Schadensersatzanspruch der Nebenintervenientin gegen W. Ku., der Gegenstand des Verfahrens des Landgerichts München II, Az. 2 HK O 2540/18, ist von W. Ku. vollumfänglich bestritten und noch nicht rechtskräftig festgestellt. Es liegt nämlich bislang nur ein Zwischenurteil des Landgerichts München II vom 21.03.2019 vor, mit dem dieses die Klage der Nebenintervenientin für zulässig erklärt hat. Die gegen dieses Zwischenurteil eingelegte Berufung des W. Ku. hat das Oberlandesgericht München mit Beschluss vom 15.12.2020, Az. 23 U 2488/19, zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde des W. Ku. ist derzeit beim BGH anhängig (Az. II ZR 12/21).

85

Da es somit bei einem geschätzten freien Vermögen der Nebenintervenientin von höchstens 1.752.967,51 € verbleibt, steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Nebenintervenientin nicht in der Lage ist, die Abfindung des Beklagten aus ihrem freien, ungebundenen Vermögen zu bezahlen. Damit kommt weder ein Ausschluss des Klägers noch eine Einziehung von dessen Geschäftsanteil in Betracht.

III.

86

Der Hilfsantrag des Klägers verhilft seiner Berufung ebenfalls nicht zum Erfolg, da es nach der vom Senat vertretenen Ansicht (siehe oben I) auf die Zahlung des Abfindungsguthabens an den Beklagten für die Wirksamkeit eines Ausschlussurteils nicht ankommt, ein solches aber mangels hinreichenden freien Vermögens der Nebenintervenientin zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung (vgl. oben unter II) nicht erlassen werden kann.

87

Nach alledem sind sowohl die Berufung des Klägers als auch die der Nebenintervenientin unbegründet.

IV.

88

1. Ein Prozesspfleger iSd. § 57 ZPO war der Nebenintervenientin auf den Antrag des Klägers (vgl. Schriftsatz des Klägervertreters vom 08.06.2021, S. 20, Bl. 735 d.A.) nicht zu bestellen, da die Nebenintervenientin mit Herrn M. J. jedenfalls derzeit über einen vom Amtsgericht bestellten Notgeschäftsführer verfügt und damit einen gesetzlichen Vertreter hat.

89

2. Eine Schriftsatzfrist zum Schriftsatz der Gegenseite vom 08.06.2021 (Bl. 699/715 d.A.) war dem Klägervertreter nicht zu gewähren, da darin nichts Entscheidungserhebliches ausgeführt ist.

C.

90

I. Der Ausspruch zu den Kosten folgt aus §§ 97 Abs. 1, 101 ZPO.

91

II. Die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

92

III. Die Revision zum Bundesgerichtshof war zuzulassen, da der Senat bei seiner Entscheidung vom Urteil des BGH vom 01.04.1953 - II ZR 235/52 abweicht.