

Dokumentnummer: 11019R
letzte Aktualisierung: 10.2.2012

OLG Saarbrücken, 1.12.2011 - 8 U 315/10

GmbHG §§ 5 Abs. 3 S. 2, 34; BGB § 134

Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen; Konvergenzgebot; Erfordernis der Nennbetragsanpassung; Wirksamkeit eines isolierten Einziehungsbeschlusses; Alt- und Neufälle

1. Es ist zweifelhaft, ob § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG n. F. ein Verbot des späteren Auseinanderfallens von Stammkapital und Nennbeträgen der Geschäftsanteile enthält.
2. Es erscheint fraglich, kann vorliegend aber dahinstehen, ob ein ohne begleitende Maßnahmen zur Nennbetragsanpassung gefasster Einziehungsbeschluss wegen eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG nichtig ist. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

Tenor

I. Die Berufung der Klägerin gegen das am 02.06.2010 verkündete Urteil des Landgerichts Saarbrücken - 17KFH O 87/09 - wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

III. Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des beizutreibenden Betrages abzuwenden, es sei denn, die Beklagte leistet zuvor Sicherheit in gleicher Höhe.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

A.

Die Klägerin, die behauptet, Rechtsnachfolgerin der mit einem Geschäftsanteil von 8.750 € an der Beklagten beteiligten, im Handelsregister seit dem 05.10.2007 gelöschten G. Verwaltungs GmbH & Co. KG zu sein, wehrt sich mit der Anfechtungsklage, hilfsweise mit der Nichtigkeitsklage gegen den in der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 23.07.2009 gefassten Beschluss über die Einziehung des Geschäftsanteils der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG bzw. ihres Rechtsnachfolgers. In die Liste der Gesellschafter der Beklagten ist die Klägerin nicht aufgenommen.

Nach § 10 Nr. 2.a) des Gesellschaftsvertrages (Anlage K 1 = GA 9 ff.) ist die Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen statthaft, wenn in der Person des betroffenen Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt, der dessen Ausschluss aus der Gesellschaft rechtfertigt, wobei die Einziehung nach § 10 Nr. 5 gegen ein nach § 12 zu berechnendes Entgelt erfolgt.

Nachdem zunächst die Grund G.S. vertreten durch ihren Geschäftsführer G. B. mit Schreiben vom 13.08.2007 (Anlage B 5 = GA 51) mitgeteilt hatte, Rechtsnachfolgerin der G. GmbH & Co. KG geworden zu sein, meldete sich mit Schreiben vom 09.09.2008 (Anlage B 6 = GA 52) die Grund 2. Beteiligungsgesellschaft bürgerlichen Rechts mit Sitz in B. und teilte durch ihren Geschäftsführer B. R. mit, sie sei aufgrund formwechselnder Umwandlung Gesamtrechtsnachfolgerin der G. S.. Zur Vertretung der GbR sei auch Herr B. bevollmächtigt, die weitere Korrespondenz solle unter der Adresse „c/o G.-GmbH“ geführt werden. Mit weiterem Schreiben vom 09.06.2009 (Anlage B 12 = GA 60) benannte Herr R. Rechtsanwalt M. als Zustellungsbevollmächtigten bzw. könnten Zustellungen auch an seine Adresse in B. erfolgen.

Unter den drei angegebenen Adressen lud die Beklagte die G. S. als Rechtsnachfolgerin der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG mit Schreiben vom 17.06.2009 (Anlage B 13 bis 16 = GA 61 ff.) zu einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung, deren wesentlicher Tagesordnungspunkt die Einziehung des Geschäftsanteils der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG bzw. deren Rechtsnachfolgers nach § 10 war. Eine erneute Ladung erfolgte, nachdem die Gesellschafterversammlung nicht beschlussfähig gewesen war, unter dem 08.07.2009 unter Hinweis auf § 7 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages auf den 23.07.2009, zu der ebenfalls nur ein Vertreter der einzigen weiteren Gesellschafterin GE. gewerbliche Immobilien GmbH erschien. Auf dessen Antrag wurde einstimmig die Einziehung des Geschäftsanteils der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG bzw. ihres Rechtsnachfolgers beschlossen. Begründet wurde dies damit, dass die sich als Rechtsnachfolger gerierenden Firmen ihre Rechtsnachfolge trotz mehrfacher Aufforderungen und entsprechender Zusagen nicht überprüfbar nachgewiesen hätten.

Gegen diesen Beschluss, der ihrem Zustellungsbevollmächtigten RA M. am 05.08.2009 zugegangen ist (vgl. Anlage B 18 = GA 73), wendet sich die Klägerin mit ihrer am 04.09.2009 bei Gericht eingegangenen und der Beklagten am 13.11.2009 zugestellten Klage, mit der sie geltend macht, dass keine ordnungsgemäße Ladung vorliege, da ein an sie gerichtetes Einladungsschreiben nicht vorliege. Durch mehrfache Übertragungsakte sei sie schließlich Rechtsnachfolgerin der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG geworden, was die Beklagte bei erforderlicher Einsicht in das Handelsregister hätte feststellen können und müssen. Es liege auch kein wichtiger Grund in der Person des Gesellschafters vor, der die Einziehung seiner Geschäftsanteile rechtfertige.

Durch das angefochtene Urteil (GA 206 ff.), auf dessen tatsächliche und rechtliche Feststellungen vollumfänglich gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage sowohl im Haupt- als auch im Hilfsantrag abgewiesen. Unabhängig davon, ob die Klägerin tatsächlich Rechtsnachfolgerin der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG geworden sei, sei sie mit der Anfechtung des Gesellschafterbeschlusses nach § 8 der Satzung ausgeschlossen, da sie nicht innerhalb der Monatsfrist Klage erhoben habe. Zwar sei die Klageschrift noch innerhalb der Monatsfrist bei Gericht eingegangen. Ihre Zustellung sei aber nicht mehr demnächst i. S. d. § 167 ZPO erfolgt, so dass sie nicht auf den Eingang der Klageschrift zurückwirke. Die Klägerin habe nämlich den mit Schreiben vom 23.09.2009 angeforderten Gerichtskostenvorschuss mit schuldhafter Verzögerung erst am 04.11.2009 eingezahlt. Ihre Behauptung, der alleinige Geschäftsführer B. der geschäftsführenden Gesellschafterin habe von der Vorschussanforderung erst nach seinen infolge eines erlittenen Herzinfarktes erforderlich gewordenen Klinikaufenthalten (vom 21.09. bis 06.10.2009 in der K. Klinik und vom 06.10.2009 bis 03.11.2009 im Rehazentrum Bad B.) Kenntnis erhalten und die Überweisung dann sofort am 04.11.2009 veranlasst, entlaste sie nicht. Denn der Geschäftsführer B., dem die Einleitung des Rechtsstreits und das Erfordernis, den Gerichtskostenvorschuss zu zahlen, bekannt gewesen seien, hätte dafür sorgen müssen, dass an ihn gerichtete Schreiben des Prozessbevollmächtigten entweder sofort weitergeleitet oder von einem bevollmächtigten Vertreter bearbeitet werden. Die Nichtigkeitsfeststellungsklage sei - unabhängig von der Aktivlegitimation der Klägerin - ebenfalls unbegründet, denn die Klägerin könne sich gemäß § 242 BGB nicht auf das

Vorliegen eines Einberufungsmangels berufen, nachdem sie selbst ihre Rechtsnachfolge nicht angezeigt habe.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren mit Haupt- und Hilfsantrag weiter.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts sei sie mit der Anfechtungsklage nicht ausgeschlossen, denn es liege keine schuldhafte Verzögerung der Klagezustellung vor. Ihr zum Zeitpunkt der Anforderung der Gerichtskosten allein berechtigter Geschäftsführer B., der allein die Einzahlung habe vornehmen können, habe sich akut, unvermittelt und unverschuldet wegen einer Herzerkrankung in stationärer Behandlung befunden. Nach seiner Entlassung habe er den Vorschuss sofort angewiesen. Es habe auch keine Person gegeben, die ihm die Post hätte weiterleiten können. Auch der von ihm bevollmächtigte B. R. sei am 17.09.2009 arbeitsunfähig erkrankt und am 06.10.2009 in ein Krankenhaus eingeliefert worden, wo er am 31.10.2009 verstorben sei.

Zu Unrecht sei das Landgericht auch von einem treuwidrigen Berufen der Klägerin auf Ladungsmängel ausgegangen. Mit Schreiben vom 22.06.2009 (Anlage K 4) habe bereits der verstorbene B. R. mitgeteilt, dass sich die tatsächlichen Gesellschaftsverhältnisse aus dem Handelsregister ergäben. Hierauf verweise das anwaltliche Schreiben vom 01.07.2009 (Anlage B 4). Deshalb werde die Einladung ebenso wie die Frist zur Einladung ausdrücklich beanstandet. Es hätte der Beklagten oblegen, die Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Gesellschafterin zu ermitteln und zur Gesellschafterversammlung ordnungsgemäß einzuladen. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liege jedenfalls nicht vor, da sie eine ordnungsgemäße Einladung unter Hinweis auf die Eintragungen in den öffentlichen Registern rechtzeitig bemängelt habe.

Das Landgericht habe sich auch nicht mit der fehlenden Leistungsfähigkeit der Beklagten im Zusammenhang mit § 12 der Satzung auseinandergesetzt. Mangels Leistungsfähigkeit der Abfindung aus dem freien Vermögen - dies ergebe sich bereits aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung - sei der angefochtene Beschluss nichtig. Jedenfalls hätte das Landgericht nach § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es diesen Punkt nicht für entscheidungserheblich hält. So stelle sich die Entscheidung als Überraschungsentscheidung dar und könne auch deshalb keinen Bestand haben.

Im Übrigen folge die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses auch aus einem Verstoß gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG, da durch die Einziehung die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und des Stammkapitals auseinanderfielen. Es hätte deshalb einer gleichzeitigen Anpassung in dem Einziehungsbeschluss bedurft.

Die Klägerin beantragt (GA 253, 345),

unter Abänderung des am 02.06.2010 verkündeten Urteils des Landgerichts Saarbrücken - 17KfH O 87/09 - den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 23.07.2009 zum Tagesordnungspunkt 1, wonach der Antrag mit dem Inhalt: „Der Geschäftsanteil der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG (bzw. ihres Rechtsnachfolgers) wird gemäß § 10 eingezogen“ beschlossen wurde, für nichtig zu erklären;

hilfsweise festzustellen, dass der in der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 23.07.2009 gefasste Beschluss zum Tagesordnungspunkt 1 mit dem Inhalt: „Der Geschäftsanteil der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG (bzw. ihres Rechtsnachfolgers) wird gemäß § 10 eingezogen“ richtig ist.

Die Beklagte beantragt (GA 268, 346),

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres früheren Vorbringens. Die Beklagte habe sich bei der Ladung zur Gesellschafterversammlung an die durch die auf Seiten der Klägerin handelnden Personen - namentlich Herr B. und Herr R. - erteilten Anweisungen gehalten. Diese hätten in jedem Fall auch Kenntnis davon gehabt, dass sie die angebliche Rechtsnachfolgerin der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG habe einladen wollen, weshalb eine eventuelle Falschbezeichnung in der Ladung unbeachtlich sei. Ebenso unbeachtlich sei die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beklagten, da die Klägerin schon nicht substantiiert vorgetragen habe, dass entgegen dem Gesellschafterbeschluss, wonach eine Abfindung nicht geschuldet sei, ein solcher Anspruch bestehe.

Die Neufassung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG durch das Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 01.11.2008 habe an der bisherigen Rechtslage, wonach das Konvergenzverbot nur im Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft gegolten habe, nichts geändert. Einer Verbindung des Einziehungsbeschlusses mit einer Kapitalmaßnahme habe es deshalb nicht bedurft. Ausgehend von dem Anliegen des Gesetzgebers, unnötige Förmeleien abzuschaffen, entspreche die automatische Aufstockung der Geschäftsanteile jedenfalls in den Fällen, in denen sie - wie hier - ohne Verstoß gegen § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG möglich sei und keine Drittinteressen entgegenstünden, dem Willen des Gesetzgebers. Selbst wenn man aber eine Konvergenzanordnung für zwingend erforderlich halten sollte, führe die Auslegung des Beschlusses vom 23.07.2009 nach allgemeinen Regeln dazu, dass er als Einziehungsbeschluss mit gleichzeitiger Aufstockung des verbleibenden Geschäftsanteils zu verstehen sei. Dieser Wille der verbleibenden Gesellschafterin folge auch aus dem Wortlaut der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste vom 04.08.2009 (Anlage BB 1 = GA 344).

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die zwischen den Parteien zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, auf die Sitzungsniederschrift vom 29.09.2011 (GA 345 ff.), den nachgelassenen Schriftsatz der Klägerin vom 02.11.2011 (GA 362 ff.) sowie die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Beklagten vom 16.11.2011 (GA 366 ff.) und der Klägerin vom 18.11.2011 (GA 376 f.) Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Klägerin ist nach den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, mithin zulässig.

In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg, denn die angefochtene Entscheidung beruht weder auf einer kausalen Rechtsverletzung im Sinne des § 546 ZPO noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 ZPO).

I.

Die Anfechtungsklage der Klägerin ist - unabhängig davon, ob sie überhaupt aktiv legitimiert ist, woran schon deshalb Zweifel bestehen, weil die Anfechtungsbefugnis nur dem nach § 16 Abs. 1 GmbHG zu bestimmenden Gesellschafter zusteht (BGH NJW 2009, 230 f. Tz. 11, zit. nach juris), die Klägerin aber nicht in der Liste der Gesellschafter steht, weshalb ihr die Legitimation nach § 16 Abs. 1 GmbHG fehlt (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich aaO. § 16 Rn. 8) - bereits deshalb unbegründet, weil sie nicht in der nach § 8 der Satzung vorgeschriebenen Monatsfrist nach Zugang der Niederschrift über die Gesellschafterversammlung erhoben wurde. Hierfür genügt die rechtzeitige Einreichung der Klageschrift bei Gericht nicht. Erforderlich ist vielmehr die Zustellung der Klageschrift an die beklagte Gesellschaft, wobei allerdings zur Fristwahrung die rechtzeitige Einreichung der Klageschrift ausreicht, wenn sie demnächst zugestellt wird, § 167 ZPO (Baumbach/Hueck-Zöllner, GmbHG, 19. Aufl., Anh. Zu § 47 Rn. 158a).

Zwar ist die Klageschrift am 04.09.2009 und damit innerhalb der Monatsfrist bei Gericht eingegangen, denn das Protokoll über die Gesellschafterversammlung ist dem Zustellungsbevollmächtigten der Klägerin, RA M., am 05.08.2009 zugegangen (vgl. Anlage B 18 = GA 73). Die Zustellung der Klageschrift am 13.11.2009 (GA 23) wirkt allerdings nicht mehr auf diesen Zeitpunkt zurück, weil sie nicht gemäß § 167 ZPO demnächst erfolgt ist.

1. Ob eine Zustellung „demnächst“ im Sinne des § 167 ZPO erfolgt ist, beurteilt sich nach dem Sinn und Zweck dieser Regelung. Danach soll die Partei bei der Zustellung von Amts wegen vor Nachteilen durch Zustellungsverzögerungen innerhalb des gerichtlichen Geschäftsbetriebs bewahrt werden. Denn derartige Verzögerungen liegen außerhalb ihres Einflussbereiches. Dagegen sind der Partei die Verzögerungen zuzurechnen, die sie oder ihr Prozessbevollmächtigter (§ 85 Absatz 2 ZPO) bei gewissenhafter Prozessführung hätte vermeiden können. Eine Zustellung „demnächst“ nach der Einreichung oder Anbringung des zuzustellenden Antrags oder der zuzustellenden Erklärung bedeutet daher eine Zustellung innerhalb einer nach den Umständen angemessenen, selbst längeren Frist, wenn die Partei oder ihr Prozessbevollmächtigter unter Berücksichtigung der Gesamtsituation alles Zumutbare für die alsbaldige Zustellung getan hat. Die Zustellung ist dagegen nicht mehr „demnächst“ erfolgt, wenn die Partei, der die Fristwahrung obliegt, oder ihr Prozessbevollmächtigter durch nachlässiges - auch leicht fahrlässiges - Verhalten zu einer nicht bloß geringfügigen Zustellungsverzögerung beigetragen hat (Thüringer OLG, Beschluss vom 15.08.2011 - 4 U 424/11 - Rn. 6; OLG Koblenz OLGR 2005, 712 f. [Leits.] Rn. 45; BGH NJW 1993, 2811 ff. Rn. 12 m. w. N., jeweils zit. nach juris). Dabei ist anerkannt, dass eine Verzögerung von nicht mehr als 14 Tagen noch als geringfügig angesehen werden kann (BGH NJW 2011, 1227 Tz. 8 m. w. N., zit. nach juris). Bei der Berechnung der Zeitspanne der

Verzögerung ist auf die Zeitspanne abzustellen, um die sich der ohnehin erforderliche Zeitraum für die Zustellung der Klage als Folge der Nachlässigkeit des Klägers verzögert (BGH aaO. m. w. N.).

2. Nach Maßgabe dieser Grundsätze kann im Streitfall nicht mehr von einer demnächst erfolgten Zustellung der Klageschrift ausgegangen werden, denn die Klägerin hat die Zustellung der Klageschrift dadurch verzögert, dass sie zum einen auf die ihr am 11.09.2009 (GA 21) zugegangene Streitwertanfrage erst mit am 21.09.2009 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom 17.09.2009 (GA 21a) geantwortet und dann den mit Schreiben vom 23.09.2009 angeforderten Kostenvorschuss erst am 04.11.2009 eingezahlt hat. Dass sie diese Verzögerung nicht bzw. nur in geringfügigem und damit unerheblichem Umfang zu vertreten hat, hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin nicht ausreichend dargelegt.

a) Selbst wenn man davon ausgeinge, dass der Geschäftsführer der geschäftsführenden B. G. persönlich als Folge eines erlittenen Herzinfarktes an einer früheren Einzahlung des Kostenvorschusses gehindert war, so ist schon nicht dargelegt, dass und warum dies nicht durch einen Vertreter möglich gewesen sein soll. Immerhin handelt es sich bei der geschäftsführenden Gesellschafterin um eine der GmbH vergleichbare Gesellschaft, die in der Regel so organisiert ist, dass für den Fall der Abwesenheit des Geschäftsführers eine Vertretungsregelung eingreift, damit die Geschäfte fortgeführt werden können. Diesen Anforderungen genügt der im Übrigen nicht unter Beweis gestellte Vortrag der Klägerin, nur ihr Geschäftsführer hätte die Einzahlung veranlassen können, nicht. Hinzu kommt, worauf auch das Landgericht zutreffend abgestellt hat, dass nach eigener Darstellung der Klägerin der weitere Mitgesellschafter der Klägerin, B. R., bevollmächtigt war, diese in allen Rechtsangelegenheiten zu vertreten. Mithin hätte dieser den erforderlichen Kostenvorschuss einzahlen müssen. Die Prozessbevollmächtigten der Klägerin wären auch in der Lage gewesen, sich rechtzeitig an diesen zu wenden, da sie aufgrund der Bescheinigung vom 02.10.2009, die ihnen wohl am gleichen Tag per Fax zugegangen war (vgl. Anlage B 20 = GA 204), ihnen aber spätestens bei Stellen des Fristverlängerungsantrages beim Landgericht Ellwangen mit Schriftsatz vom 12.10.2009 (vgl. Anlage B 19 = GA 203) vorlag, Kenntnis von der schweren Erkrankung des Geschäftsführers B. der Klägerin hatten. Bei ordnungsgemäßer, auf größtmögliche Verfahrensbeschleunigung gerichteter Verfahrensweise hätte dann Herr R. den Vorschuss innerhalb von 3 Bankarbeitstagen zur Anweisung bringen müssen, so dass die Überweisung spätestens am 15.10.2009 hätte erfolgt sein müssen. Hiervon ausgehend liegt mit der Einzahlung am 04.11.2009 eine auf Nachlässigkeit der Klägerin beruhende Verzögerung von fast 3 Wochen vor, die nicht mehr als geringfügig angesehen werden kann (BGH NJW 2011, 1227 Tz. 8 m. w. N., zit. nach juris). Hierbei ist weiter zu berücksichtigen, dass sich die Zustellung der Klageschrift durch die entgegen § 61 GKG fehlende Streitwertangabe in der Klageschrift, die eine entsprechende Anfrage bei der Klägerin erforderlich gemacht hat, durch deren Antwort bereits um 10 Tage verzögert hat, sodass die Zustellung auch bei einer Gesamtbetrachtung nicht mehr als demnächst erfolgt angesehen werden kann.

b) Soweit die Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz behauptet, der bevollmächtigte Vertreter B. R. sei am 17.09.2009 ebenfalls arbeitsunfähig erkrankt und am 06.10.2009 in ein Krankenhaus eingeliefert worden, wo er dann am 31.10.2009 verstorben sei, handelt es sich

um neuen - bestrittenen - Vortrag, der - worauf der Senat in der mündlichen Verhandlung hingewiesen hat - gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr berücksichtigt werden kann, da nicht dargetan ist, dass der verspätete Vortrag nicht auf Nachlässigkeit beruht. Gerade die Frage der Rückwirkung der Zustellung auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung war Gegenstand der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung erster Instanz und des daraufhin eingeräumten Schriftsatznachlasses für die Klägerin. Es wäre deshalb ihre Aufgabe gewesen, mangelndes Verschulden an der Verzögerung unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten darzulegen. Dazu gehört auch die mögliche Vertretung durch den von ihr bereits erstinstanzlich ausdrücklich benannten B. R.. Soweit sie darauf Bezug nimmt, dass sie dessen Versterben erstinstanzlich bereits mitgeteilt habe, ist dies zwar zutreffend. Allerdings war dessen Tod lediglich als Grund für eine beantragte Fristverlängerung angegeben worden (vgl. Schriftsatz vom 15.03.2010 = GA 102 f.), ohne dass auch nur zu dem Todeszeitpunkt näher vorgetragen wurde. Keinesfalls ließ sich diesem Vortrag entnehmen, dass auch ihm die Zahlung des Gerichtskostenvorschusses nicht mehr möglich war.

c) Im Übrigen wäre der zwischenzeitlich verstorbene B. R. auch bei Zugrundelegen der Darlegung der Klägerin noch in der Lage gewesen, den Gerichtskostenvorschuss rechtszeitig vor seiner Arbeitsunfähigkeit, die erst am 17.09.2009 eingetreten sein soll, einzuzahlen, wenn der Prozessbevollmächtigte der Klägerin sich sofort nach Kenntnisnahme von der schweren Erkrankung des Herrn B. an diesen gewandt hätte. Ein diesbezügliches Versäumnis ihres Prozessbevollmächtigten müsste sich die Klägerin nach § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen.

Die Klägerin ist somit mit der Anfechtungsklage, mit der sie sich gegen den angegebenen Einziehungsgrund wehren könnte, ausgeschlossen.

II.

Ohne Erfolg bleibt auch die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der hilfsweise erhobenen Nichtigkeitsklage. Unabhängig davon, ob diese im Hinblick auf das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin überhaupt zulässig ist, ist sie jedenfalls in der Sache unbegründet und deshalb abzuweisen.

1. Bedenken gegen die Zulässigkeit der hilfsweise erhobenen Feststellungsklage - sie ist nicht an eine Anfechtungsfrist gebunden (Baumbach/Hueck-Zöllner aaO. Anh zu § 47 Rn. 181 m. w. N.) - bestehen im Hinblick auf das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin. Dieses setzt nämlich voraus, dass die Klägerin ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses der Gesellschafterversammlung hat. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn sie, wie sie behauptet, Rechtsnachfolgerin der nach § 16 Abs. 1 GmbHG legitimierten Gesellschafterin G. Verwaltungs GmbH & Co. KG geworden ist, weil sie dann durch den beanstandeten Gesellschafterbeschluss betroffen ist. Insoweit kommt es auf die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG nicht an, da die Feststellungsklage nicht nur von Gesellschaftern erhoben werden kann (vgl. Baumbach/Hueck- Zöllner aaO. Anh zu § 47 Rn. 17).

Ihr diesbezüglicher Vortrag nebst Beweisangeboten ist jedoch nicht ausreichend. So steht schon nicht fest, dass die Grund 2. Grundstücksaufbaugesellschaft mbH mit Sitz in S. Rechtsnachfolgerin der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG geworden ist. Zwar legt die Klägerin Kopien eines Grundbuchauszuges (Anlage K 6 = GA 83) und der dazugehörigen Eintragungsanmeldung (Anlage K 7 = GA 84f.) vor. Allerdings ist nicht vorgetragen, aufgrund welcher Umstände die Rechtsnachfolge eingetreten sein soll. Insbesondere fehlt es auch an einer Vorlage des Gesellschaftsvertrages, auf den die Eintragungsanmeldung Bezug nimmt.

Nicht nachgewiesen ist auch die behauptete Umwandlung der Grund 2. Grundstücksaufbaugesellschaft mbH in die Grund 2. Grundstücksaufbaugesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. Grund 2. Beteiligungsgesellschaft bürgerlichen Rechts. Zwar legt die Klägerin den Umwandlungsbeschluss vom 21.01.2008 in Kopie vor (Anlage K 8 = 86 ff.). Hier müsste aber zumindest das Original vorgelegt werden, um überprüfen zu können, ob der Gesellschaftsvertrag der GbR dem Umwandlungsbeschluss beigefügt war, § 234 Nr. 3 UmwG. Der vorgelegte Gesellschaftsvertrag (Anlage K 14 = GA 187) betrifft eine G. S., während der Umwandlungsbeschluss von einer G. S. Aufbauges.bR spricht.

Auch die weiteren behaupteten und in der notariellen Urkunde des Notar W. I. vom 18.03.2010 (vgl. beglaubigte Abschrift in Hülle Bl. 155) bescheinigten Übertragungen sind kaum nachvollziehbar und nicht immer überzeugend. Auch hier müssten weitere Urkunden, auch solche, die die Vertretungsbefugnis des für die jeweiligen Gesellschaften handelnden B. R. betreffen, vorgelegt werden, um die behauptete Rechtsnachfolge tatsächlich beurteilen zu können.

Diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Feststellungsklage in der Sache unbegründet ist, und es in Fällen wie dem Vorliegenden, in denen das Vorliegen von besonderen Rechtsschutzvoraussetzungen streitig ist, ausnahmsweise statthaft ist, die Zulässigkeit offen zu lassen und sachlich zu entscheiden (BGHZ 12, 308 ff. Rn. 11; OLG Koblenz NJW-RR 1989, 827 Rn 30, jeweils zit. nach juris; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 256 Rn. 7).

2. Die Nichtigkeitsfeststellungsklage ist unbegründet, denn der Gesellschafterbeschluss der Beklagten vom 23.07.2009 leidet nicht unter einem zur Nichtigkeit führenden Mangel.

Wann ein solcher Mangel vorliegt, ist unter den einschränkenden Voraussetzungen der für Hauptversammlungsbeschlüsse einer AG maßgebenden §§ 241 f., 249 AktG zu bestimmen (BGH GmbHR 1997, 655 Rn. 9, zit. nach juris).

a) Relativ gravierende Einberufungsmängel können zur Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses führen. So liegt eine wesentliche Verletzung vor, wenn die Einberufung nicht durch die dazu berechtigte Person oder Institution erfolgt oder nicht alle bei der GmbH nach § 16 angemeldeten Gesellschafter eingeladen worden sind (BGHZ 36, 211 Rn. 9, zit. nach juris). Ebenso kann das Fehlen der notwendigen inhaltlichen Angaben - Firma und Sitz der Gesellschaft, Ort der Gesellschafterversammlung - zur Nichtigkeit führen. Gleiches gilt für eine zu kurzfristige Einladung, die einer Nichtladung gleichkommt, und die Nichteinhaltung der für die Ladung vorgeschriebenen Form, denn niemand muss einer

mangelhaften Einladung folgen (Baumbach/Hueck-Zöllner, aaO. Anh zu § 47 Rn. 45 m. w. N.).

Solche Einberufungsmängel können auch unter Berücksichtigung des Vortrags der Klägerin nicht festgestellt werden.

Soweit die Klägerin meint, es seien nicht alle Gesellschafter zur Gesellschafterversammlung eingeladen worden, weil eine an sie als Rechtsnachfolgerin der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG gerichtete Einladung nicht existiere, verfängt dies nicht. Zur Gesellschafterversammlung einzuladen sind alle bei der GmbH nach § 16 GmbHG angemeldeten Gesellschafter (Baumbach/Hueck-Zöllner aaO. Anh zu § 47 Rn. 45). Da die Klägerin in der nach § 40 Abs. 1 GmbHG zu errichtenden Liste nicht als Gesellschafter aufgeführt ist, war sie auch nicht zur Gesellschafterversammlung zu laden. Zwar war auch die Grund 2. Beteiligungsgesellschaft bürgerlichen Rechts nicht in dieser Liste aufgeführt. Hier hat die Beklagte aber zutreffend dem Umstand Rechnung getragen, dass diese sich zuletzt als Rechtsnachfolgerin der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG bei ihr gemeldet hat. Zwar fehlte insoweit noch der für die Eintragung in die Liste der Gesellschafter nach § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG erforderliche Nachweis. Dennoch steht es der Gesellschaft frei, den angemeldeten - nicht ausreichend nachgewiesenen - Rechtsnachfolger zu laden, wenn, wie hier, die ursprüngliche Gesellschafterin im Handelsregister gelöscht wurde. Die Einladungen hat sie zutreffend an die von der G. S. angegebenen Zustellungsbevollmächtigten und deren Adressen gerichtet. Ein zur Nichtigkeit führender Einladungsmangel liegt deshalb nicht vor.

Im Übrigen ergibt sich aus dem von der Klägerin in Bezug genommenen Beanstandungsschreiben ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 01.07.2009 (Anlage B 4 = GA 50) keineswegs, dass nunmehr die Klägerin Rechtsnachfolgerin der G. S. geworden ist. Dort wird zwar Bezug genommen auf das Schreiben des B. R. vom 22.06.2009 (Anlage K 4 = GA 18), das allerdings ebenfalls keinen Hinweis auf die Klägerin enthält. In diesem Zusammenhang verfängt auch der in dem Schreiben enthaltene Verweis auf die Einsichtnahme in das Handelsregister nicht, denn dieser bezieht sich ersichtlich nicht darauf, dass die mitgeteilte Rechtsnachfolge unrichtig ist, sondern lediglich darauf, dass die Existenz der Rechtsnachfolgerin anhand des Handelsregisters überprüft werden kann. Zudem ist es entgegen der Auffassung der Klägerin nicht Aufgabe der Beklagten, die tatsächliche Rechtsnachfolge von sich aus zu überprüfen bzw. überhaupt erst festzustellen. Vielmehr ist es gemäß § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG Sache des neuen Gesellschafters, der Beklagten die Änderung mitzuteilen und nachzuweisen. Dieser Verpflichtung ist die Klägerin ersichtlich nicht nachgekommen.

Die Einladungen zu der Gesellschafterversammlung am 23.07.2009 wurden mit Einschreiben und Rückschein vom 08.07.2009 an die drei von der behaupteten Rechtsnachfolgerin angegebenen Anschriften versandt. Damit war die Einberufungsfrist von 1 Woche gemäß § 51 Abs. 1 GmbHG gewahrt (vgl. auch GA 20). Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Zulassung von Vertretern der Rechtsnachfolgerin von dem Nachweis der behaupteten Rechtsnachfolge abhängig gemacht wurde. Eine einer Nichtladung gleichkommende Verkürzung der Ladungsfrist liegt hierin nicht, denn die Vorlage dieser Unterlagen ist bereits seit Ende 2008 von der Beklagten verlangt worden. Zudem handelt es

sich insoweit nicht um einen zur Nichtigkeit sondern - bei falschen Angaben, weil der Nachweis nicht verlangt werden kann - allenfalls zur Anfechtbarkeit führenden Einladungsmangel, den die Klägerin hier nicht mehr geltend machen kann (Baumbach/Hueck-Zöllner aaO. Anh § 47 Rn. 45).

b) Der Einziehungsbeschluss ist auch nicht entsprechend § 241 Nr. 3 AktG und § 34 Abs. 3 GmbHG wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung nichtig. Ein solcher ist dann gegeben, wenn infolge einer Unterbilanz bzw. einer darüber hinausgehenden bilanziellen Überschuldung bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung feststeht, dass die Gesellschaft eine geschuldete - sofort fällige - Abfindung nicht aus freiem Vermögen aufbringen kann (BGH NZG 2009, 221; NJW 2000, 2819, 2820; DStR 2001, 1898). Wird der Abfindungsanspruch erst später fällig, so ist auf diesen Zeitpunkt abzustellen (Baumbach/Hueck/Fastrich aaO. § 34 Rn. 39). Hierzu hat die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen. Sie verweist lediglich auf die Feststellung in dem angefochtenen Beschluss, dass der Verkehrswert des einzuziehenden Anteils im Hinblick auf die wirtschaftliche Situation der Gesellschaft bei 0,00 € liege, und folgert daraus, dass eine Abfindung nicht aus dem freien Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden könnte. Ob dies ausreicht für die Schlussfolgerung, dass eine Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen nicht gezahlt werden kann, kann offen bleiben, denn die weitere Gesellschafterin, die GE. GmbH hat sich in dem Gesellschafterbeschluss verpflichtet, die Beklagte von etwaigen Abfindungsansprüchen freizustellen. Deshalb kommt es auch nicht mehr darauf an, dass die Klägerin substantiiert dazu hätte vortragen müssen, dass die Beklagte auch zum Fälligkeitszeitpunkt nicht in der Lage wäre, die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen aufzubringen.

c) Der Beschluss über die Einziehung eines GmbH – Geschäftsanteils ist auch nicht wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG gemäß § 134 BGB nichtig.

aa) Nach Inkrafttreten des MoMiG zum 01.11.2008 hat § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG in Abänderung der bis dahin geltenden Regelung in § 5 Abs. 3 S. 3 GmbHG einen neuen Wortlaut erhalten: Danach muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Dies gilt nach der insoweit eindeutigen Regierungsbegründung (BT-Drs. 16/6140, S. 31) nicht nur zum Zeitpunkt der Gründung der GmbH, sondern muss auch während ihres gesamten weiteren Bestandes gewahrt sein (vgl. Schulze, jurisPR-HaGesR 12/2010 Anm. 5 m. w. N.). Hierzu heißt es in der Regierungsbegründung:

„Der neu gefasste § 5 Abs. 3 Satz 2 trägt dem Verständnis Rechnung, dass das Stammkapital in Geschäftsanteile zerlegt ist. Es wird klargestellt, dass das Stammkapital immer gleich bleibt und sich nicht aus der Summe der Nennbeträge ergibt. Vielmehr muss die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen. Dies bezieht sich nicht nur auf das Gründungsstadium, sondern auch auf den weiteren Verlauf der Gesellschaft. Bei der Einziehung des Geschäftsanteils eines anderen Gesellschafters gemäß § 34 bleibt daher das Stammkapital gleich, obwohl sich die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile aufgrund der Einziehung des einen Geschäftsanteils verringert. Ein solches Auseinanderfallen der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und des Nennbetrags des Stammkapitals ist

künftig im Gegensatz zum geltenden Recht unzulässig. Die Zulässigkeit einer Abweichung der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile vom Nennbetrag des Stammkapitals im geltenden Recht ist im Schrifttum zu Recht kritisiert worden. Um eine solche, nach dem neu gefassten § 5 Abs. 3 Satz 2 unzulässige Abweichung zu vermeiden, bleibt den Gesellschaftern die Möglichkeit, die Einziehung mit einer Kapitalherabsetzung zu verbinden, die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile durch eine nominelle Aufstockung an das Stammkapital anzupassen oder einen neuen Geschäftsanteil zu bilden.“

Welche Konsequenzen daraus zu ziehen sind, wenn ein Einziehungsbeschluss gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG verstößt, ist umstritten und bisher höchstrichterlich noch nicht entschieden. In der Literatur wird im Wesentlichen die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses im Hinblick auf die Folgen für bereits gefasste Einziehungsbeschlüsse abgelehnt (vgl. Wanner-Laufer, NJW 2010, 1499 ff.; Braun, NJW 2010, 2700 f.; Haberstroh, NZG 2010 1094 ff.; Meyer, NZG 2009, 1201 ff.).

Demgegenüber haben das Landgericht Essen (NZG 2010, 867 ff.) und das Landgericht Neubrandenburg (ZIP 2011, 1214) die Auffassung vertreten, dass angesichts der klaren und unmissverständlichen Regierungsbegründung ein Verstoß gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses nach § 134 BGB nach sich ziehe.

Ob der Auffassung der beiden Landgerichte gefolgt werden kann, erscheint allerdings fraglich. Zwar hat die Regierung in ihrer Begründung der Änderung des § 5 Abs. 3 GmbHG klar zum Ausdruck gebracht, dass auch die Einziehung von Geschäftsanteilen nicht zum Auseinanderfallen der Nennbeträge der Geschäftsanteile und der Stammeinlage führen dürfen, wobei sie allerdings eine Regelung, wie dies erreicht werden soll (Aufstockung bestehender Anteile, Kapitalherabsetzung oder Neuschaffung eines entsprechenden Gesellschaftsanteils), gerade nicht getroffen hat. Eine Entscheidung hierüber bleibt auch nach der Begründung der Gesellschafterversammlung vorbehalten. Ob sie diese mit dem Einziehungsbeschluss verbinden muss, um die Vorgabe des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG einzuhalten, lässt sich der Begründung nicht entnehmen.

Ein solches Verbot des späteren Auseinanderfallens von Stammkapital und Nennbeträgen der Geschäftsanteile hat allerdings in dem Wortlaut der Vorschrift des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG keinen Niederschlag gefunden. Vielmehr wurde bei der Neuregelung lediglich der Begriff der Stammeinlagen in § 5 Abs. 3 S. 3 GmbHG a. F. durch den des Nennbetrages der Geschäftsanteile ersetzt und blieb im Übrigen unverändert nach Wegfall des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG a. F. als neuer S. 2 bestehen. Eine Änderung der bisher bestehenden Auffassung, wonach ein späteres Auseinanderfallen der Summe der Geschäftsanteile und des Stammkapitals lediglich einen „Schönheitsfehler“ darstellt (Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 34 Rn. 72), lässt sich dem Wortlaut dieser Neufassung nicht entnehmen. Eine solche Absicht ergibt sich allein aus der Regierungsbegründung, ohne dass dort allerdings klargestellt wird, welche Rechtsfolge daraus zu ziehen ist, wenn eine entsprechende Regelung - Kapitalherabsetzung, Aufstockung der Nennbeträge der Geschäftsanteile, Bildung eines neuen Geschäftsanteils - bei Einziehung eines Geschäftsanteils unterbleibt.

Schließlich spricht auch die systematische Stellung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG gegen die in der Regierungsbegründung zum Ausdruck gebrachte Erstreckung auf die gesamte Dauer des Bestehens einer GmbH, denn sie steht im Abschnitt 1 unter der Überschrift „Errichtung der Gesellschaft“, ohne dass der die Einziehung regelnde, speziellere § 34 GmbHG hierauf verweist. Demgegenüber zeigt der Verweis in § 55 Abs. 4 GmbHG, der die Erhöhung des Stammkapitals regelt, auf § 5 Abs. 2 und Abs. 3 GmbHG, dass diese Vorschrift ohne entsprechenden Verweis keine allgemeine Gültigkeit über die Gründungsphase hinaus beanspruchen kann.

bb) Letztlich kann die Frage, welche Rechtsfolge ein Verstoß gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG hat, im Streitfall offen bleiben, denn jedenfalls ist der Einziehungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 23.07.2009 (Anlage K 2 = GA 13 ff.) so auszulegen, dass damit zugleich die Aufstockung des verbliebenen Geschäftsanteils beschlossen wurde.

Grundsätzlich sind Gesellschafterbeschlüsse der Auslegung zugänglich, wobei ein einheitlicher Inhalt mit Geltung für alle Gesellschafter zu ermitteln ist und subjektive Auslegungselemente nur insoweit zum Tragen kommen, als sie allen beteiligten Gesellschaftern zuzurechnen sind (Roth aaO. § 47 Rn. 2).

Zwar wird dem Wortlaut des Beschlusses nach lediglich der Geschäftsanteil der Klägerin eingezogen, ohne dass im Hinblick auf die Übereinstimmung der Nennbeträge der Geschäftsanteile mit dem Stammkapital ausdrücklich eine Regelung getroffen wurde. Unter Berücksichtigung der Interessenlage der einzigen noch verbliebenen Gesellschafterin der Beklagten, die einerseits die Gesellschaft alleine fortsetzen möchte, andererseits aber keine Änderung an der Kapitalstruktur vornehmen wollte und konnte - eine Kapitalherabsetzung kam im Hinblick auf § 5 Abs. 1 GmbHG nicht in Betracht -, kann der Einziehungsbeschluss nur so verstanden werden, dass damit gleichzeitig eine Aufstockung des Geschäftsanteils der verbliebenen Gesellschafterin verbunden ist. Dieser Wille der verbliebenen Gesellschafterin findet seinen Niederschlag auch in dem Einziehungsbeschluss, denn ohne Gegenleistung - Aufstockung ihres Geschäftsanteils - bestand für sie kein Grund, die Beklagte von einer nach der Einziehung möglicherweise fällig werdenden Abfindung freizustellen. Dass die einzige noch verbliebene Gesellschafterin der Beklagten den Einziehungsbeschluss in diesem Sinne verstanden hat, ergibt sich auch daraus, dass der Geschäftsführer der Beklagten die neue Liste der Gesellschafter unter dem 04.08.2009, die als einzige Gesellschafterin die „G. E. Gewerbliche Immobilien GmbH“ mit einem Geschäftsanteil von 25.000 € ausweist, mit der Begründung gemeldet hat, dass sie den Stand „nach Einziehung des vormals der G. Verwaltungs GmbH & Co. KG (...) zustehenden Geschäftsanteils und Aufstockung des verbliebenen Geschäftsanteils der G. E. Gewerbliche Immobilien GmbH (...) infolge des Gesellschafterbeschlusses vom 23.07.2009“ wiedergebe.

Da die Beklagte somit die Einziehung des Geschäftsanteils mit einer Aufstockung des verbliebenen Geschäftsanteils verbunden hat, liegt ein Verstoß gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG schon nicht vor, so dass es nicht mehr darauf ankommt, ob ein solcher überhaupt zur Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses nach § 134 BGB führen würde.

Danach ist die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus den §§ 708 Nr. 10, 711 i. V. m. 709 Satz 2 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da es an den erforderlichen Voraussetzungen fehlt (§§ 542 Abs. 1, 543 Abs. 1 Ziffer 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 ZPO). Auf die zur Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung bedeutende Frage der Auslegung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG nach seiner Neufassung durch das MoMiG kommt es vorliegend entscheidungserheblich nicht an.