



Rechtsprechung aktuell:

Neue Entwicklungen im Handels- und Gesellschaftsrecht (2024)

Skript zum Nachweis von

5 Fortbildungsstunden

im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO

Herzlich Willkommen zu Ihrer Fortbildung gemäß § 15 Abs. 4 FAO!

Bitte widmen Sie sich den in diesem Skript dargelegten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Zeit von 5 Stunden. Nach Bearbeitung dieses Materials erreichen Sie über die Seminarseite die Lernerfolgskontrolle, die im Multiple-Choice-Format stattfindet. Die Lernerfolgskontrolle fokussiert sich ausschließlich auf den Inhalt des Skripts.

Im Anschluss an die Online-Lernerfolgskontrolle leiten wir Sie zur Zahlungsseite weiter, wo Sie die Kursgebühr entrichten können. Nach erfolgreichem Abschluss der Kontrolle und Eingang Ihrer Zahlung senden wir Ihnen spätestens am nächsten Werktag die für den Nachweis Ihrer Fortbildung nötigen Unterlagen per E-Mail zu.

Sollten Sie die erforderliche Mindestpunktzahl in der Lernerfolgskontrolle (mindestens 70% korrekte Antworten) nicht erreichen, bieten wir Ihnen die Möglichkeit, Ihr Studium des Skripts zu vertiefen und die Lernerfolgskontrolle erneut und ohne zusätzliche Kosten zu absolvieren.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

Ihr Team von

Hanse Seminare

Entscheidung 1 - BGH Versäumnisurteil v. 11.7.2023 – II ZR 116/21

Tatbestand:

Kläger und Beklagter sind Gesellschafter der Nebenintervenientin, einer GmbH, und an dieser jeweils hälftig beteiligt. Die Satzung der Nebenintervenientin enthält keine Regelung zum Ausschluss eines Gesellschafters oder zur Einziehung von Geschäftsanteilen. Das Stammkapital von 25.000 € haben die Gesellschafter vollständig eingezahlt.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten aus der Nebenintervenientin auszuschließen und dessen Geschäftsanteil nach Wahl des Klägers entweder gegen Zahlung einer Abfindung einzuziehen oder den Kläger für befugt zu erklären, die Abtretung des Geschäftsanteils an sich, die Gesellschaft oder einen Dritten herbeizuführen. Hilfsweise hat er beantragt, den Beklagten unter der Bedingung auszuschließen, dass die Gesellschaft innerhalb eines Zeitraums von höchstens sechs Monaten ab Rechtskraft des Urteils an den Beklagten eine im Ermessen des Gerichts liegende Abfindung zu zahlen hat.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers und der Nebenintervenientin hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, mit der er seine Klageanträge weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Entscheidung ergeht durch Versäumnisurteil, da der Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Ladung zum Termin nicht ordnungsgemäß vertreten war. Sie beruht aber inhaltlich auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 – V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81).

I.

Das Berufungsgericht (OLG München, NZG 2021, 1213) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Ausschließungsklage setze voraus, dass die Nebenintervenientin die Abfindung des Beklagten aus ihrem freien, ungebundenen Vermögen zahlen könne. Zwar sei nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die nicht auf eine Satzungsregelung gestützte Ausschließung eines Gesellschafters auch dann möglich, wenn die Gesellschaft die Abfindung nicht aus freiem, ungebundenem Vermögen zahlen könne, weil das Urteil dahingehend bedingt werde, dass der ausgeschiedene Gesellschafter von der Gesellschaft den im Ausschließungsurteil festzusetzenden Abfindungsbetrag binnen einer ebenfalls im Urteil zu bestimmenden Frist ausbezahlt erhalte. Nachdem aber der Bundesgerichtshof im Fall einer durch Beschluss der Gesellschafter auf Grundlage einer Satzungsregelung vorgenommenen Einziehung entschieden habe, dass die Einziehung bereits vor Zahlung des Abfindungsentgelts wirksam und vollziehbar werde, sei die Übertragung dieser Rechtsprechung auf den Fall der Ausschließung ohne statutarische Regelung angezeigt. Auch wenn das Wirksamwerden des den Ausschluss aussprechenden Gestaltungsurteils damit nicht von der Zahlung der Abfindung an den auszuschließenden Gesellschafter abhängt, müsse das Urteil jedoch die Kapitalerhaltungspflicht des § 30 Abs. 1 GmbHG berücksichtigen und sicherstellen, dass ein Ausschluss nur ausgesprochen werde, wenn nicht schon bei Urteilserlass feststehe, dass die an den auszuschließenden Gesellschafter zu zahlende Abfindung nicht aus dem freien Vermögen der Gesellschaft aufgebracht werden könne. Von diesen Grundsätzen ausgehend könne im vorliegenden Fall die Nebenintervenientin den nach dem Klägervortrag dem Beklagten zustehenden

Abfindungsbetrag in Höhe von 2.839.456,65 € nicht aus ihrem freien Vermögen zahlen, selbst wenn man die von ihr vorgetragene korrigierten Jahresergebnisse zugrunde lege. Die Zusage des Klägers, die Nebenintervenientin mit dem zur Auszahlung der Abfindung notwendigen Betrag auszustatten, sei nicht entscheidungserheblich, solange es in der Gesellschaft an dem für die Abfindung erforderlichen Kapital fehle.

II.

Das Berufungsurteil hält in einem Punkt revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Klage nicht mangels Bestimmtheit des Klageantrags unzulässig, weil der Kläger im Hauptantrag zwei Satzteile mit dem Wort „oder“ verknüpft hat, wodurch unklar bleibe, in welchem Verhältnis Ausschließung, Einziehung und Befugnis zur Abtretung des Geschäftsanteils zueinander stünden. Bei der Auslegung des Klageantrags ist im Zweifel wegen des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz und rechtliches Gehör das als gewollt anzusehen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der erklärenden Partei entspricht (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 3. August 2021 – II ZR 123/20, BGHZ 231, 17 Rn. 11 mwN). Im Wege gebotener Auslegung ist danach dem Hauptantrag hinreichend zu entnehmen, dass der Kläger die Ausschließung des Beklagten aus der Nebenintervenientin beantragt und darüber hinaus die Rechtsmacht über die Verwertung des Geschäftsanteils erlangen will, die entweder durch Einziehung oder Abtretung erfolgen soll. Es mag grammatikalisch möglich sein, den Antrag so zu verstehen, dass der Kläger isoliert für befugt erklärt werden soll, die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten an sich, die Gesellschaft oder einen Dritten herbeizuführen, wie der Beklagte meint. Dies widerspräche jedoch erkennbar dem Interesse des Klägers, weil die Verwertung des Geschäftsanteils die Ausschließung des Beklagten aus der Nebenintervenientin voraussetzt. Ebenso wenig bestehen Unklarheiten in Bezug auf das beanspruchte Wahlrecht des Klägers, das sich auf das Verhältnis von Einziehung zur Befugnis zur Abtretung des Geschäftsanteils bezieht und nicht, wie vom Beklagten erwogen, auf die Zahlung einer Abfindung oder die Einräumung der Befugnis.

2. Der Kläger ist für die im eigenen Namen erhobene Ausschließungsklage prozessführungsbefugt. Die Prozessführungsbefugnis ist eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens und auch in der Revisionsinstanz vorliegen muss (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2017 – II ZR 255/16, ZIP 2018, 276 Rn. 9; Urteil vom 25. Januar 2022 – II ZR 50/20, BGHZ 232, 275 Rn. 8).

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Ausschließungsklage grundsätzlich von der GmbH zu erheben (BGH, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 177; Urteil vom 17. Februar 1955 – II ZR 316/53, BGHZ 16, 317, 322). Ob in einer Zwei-Personen-GmbH den Gesellschaftern ein Klagerecht zur Ausschließung des jeweils anderen zusteht, konnte der Bundesgerichtshof bisher offenlassen (BGH, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 177).

aa) Überwiegend wird angenommen, dass in einer Zwei-Personen-GmbH jeder Gesellschafter persönlich eine Ausschließungsklage gegen den Mitgesellschafter anstrengen kann (Ensthaler in Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, 2. Aufl., § 34 Rn. 26; Fleischer in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 34 GmbHG Rn. 31; Görner in Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl., § 34 Rn. 93; Kersting in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., Anhang nach § 34 Rn. 8a; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl., § 34 Rn. 124; Klingsch in Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl., Anhang zu § 34 Rn. 16; Sandhaus in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 5. Aufl., § 34 Rn. 83; BeckOK GmbHG/Schindler, Stand 1.9.2022, § 34 Rn. 144; Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl., Anhang § 34 Rn. 38; Sosnitza in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl., Anhang § 34 Rn. 28; MünchKommGmbHG/Strohn, 4. Aufl., § 34 Rn. 176; Ulmer/Habersack in Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl., Anhang nach § 34 Rn. 33; Wicke, GmbHG, 4. Aufl., Anhang § 34 Rn. 5; Gehrlein,

Ausschluss und Abfindung von GmbH-Gesellschaftern, 1997, Rn. 228; MünchHdBGesR III/Kort, 6. Aufl., § 29 Rn. 44, 52; Reher, Die Zweipersonen-GmbH – Notwendigkeit eines Sonderrec..., 2003, 146 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 35 IV 2c, S. 1062 f.; Soufleros, Ausschließung und Abfindung, 1983, S. 71 ff.; Taetzner/ Maul in Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Aufl., § 14 Rn. 100; Battke, GmbHR 2008, 850, 854; Damrau-Schröter, NJW 1991, 1927, 1934; Eser, DB 1985, 29, 31; Eser, DStR 1991, 747, 749; Oppenländer, DStR 1996, 922, 927 f.; Wolf, ZGR 1998, 92, 106 ff.; U. H. Schneider, Festschrift Kellermann, 1991, 403, 416f.; weitergehend: Fischer, Festschrift Walter Schmidt, 1959, 117, 133 f.; Joost, ZGR 1984, 71, 100 ff.).

Begründet wird die Prozessführungsbefugnis zum Teil mit Praktikabilitätserwägungen (Kersting in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., Anhang nach § 34 Rn. 8a; Klingsch in Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl., Anhang zu § 34 Rn. 16; Battke, GmbHR 2008, 850, 854; Fischer, Festschrift Walter Schmidt, 1959, 117, 133 f.). Andere greifen die Grundsätze der *actio pro socio* bzw. deren Rechtsgedanken auf (Ensthaler in Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, 2. Aufl., § 34 Rn. 26; MünchKommGmbHG/Strohn, 4. Aufl., § 34 Rn. 176; Ulmer/ Habersack in Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl., Anhang nach § 34 Rn. 33; Sosnitzer in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl., Anhang § 34 Rn. 28; Reher, Die Zweipersonen-GmbH – Notwendigkeit eines Sonderrec..., 2003, 147 f.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 35 IV 2c, S. 1062; Eser, DStR 1991, 747, 749).

bb) Nach anderer Auffassung besteht kein Bedürfnis für eine vom allgemeinen Grundsatz abweichende unmittelbare Klagebefugnis des ausschließungswilligen Gesellschafters bei einer Zweipersonen-GmbH (OLG Nürnberg, BB 1970, 1371; Balz, Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH, 1984, S. 47; Goette/Goette, Die GmbH, 3. Aufl., § 6 Rn. 12; Ganßmüller, GmbHR 1956, 145, 148; Goette, DStR 2001, 533, 534; Seydel, GmbHR 1953, 149, 150). Da über die Erhebung der Ausschließungsklage die Gesellschafterversammlung zu befinden habe und der betroffene Gesellschafter nicht stimmberechtigt sei, bestehe ein praktisches Bedürfnis allenfalls dann, wenn der auszuschließende Gesellschafter zugleich der einzige Geschäftsführer der GmbH sei (Goette, DStR 2001, 533, 534).

cc) Der Senat schließt sich der überwiegenden Meinung an. Der Gesellschafter einer Zwei-Personen-GmbH kann unter den Voraussetzungen der *actio pro socio* die Ausschließungsklage erheben.

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein Gesellschafter einer GmbH berechtigt sein, einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft in Anspruch zu nehmen, was namentlich dann in Betracht kommt, wenn dieser seine zwischen den Gesellschaftern bestehende Treuepflicht verletzt und durch eine damit verbundene Schädigung des Vermögens der Gesellschaft mittelbar auch dasjenige des klagenden Gesellschafters geschädigt hat (sog. *actio pro socio*, BGH, Urteil vom 5. Juni 1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 18 f.; Urteil vom 28. Juni 1982 – II ZR 199/81, ZIP 1982, 1203 f.; Urteil vom 14. Mai 1989, WM 1990, 1240, 1241; Urteil vom 29. November 2004 – II ZR 14/03, ZIP 2005, 320, 321; Urteil vom 22. Januar 2019 – II ZR 143/17, ZIP 2019, 1008 Rn. 10). Die Befugnis wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters (st. Rspr.; BGH, Beschluss vom 26. April 2010 – II ZR 69/09, ZIP 2010, 1232 Rn. 3; Urteil vom 19. Dezember 2017 – II ZR 255/16, ZIP 2018, 276 Rn. 11; Urteil vom 22. Januar 2019 – II ZR 143/17, ZIP 2019, 1008 Rn. 10; Urteil vom 25. Januar 2022 – II ZR 50/20, BGHZ 232, 275 Rn. 12).

(2) Die Übertragung der Grundsätze der *actio pro socio* auf die Ausschließungsklage ist gerechtfertigt. Das Recht auf Ausschließung eines Gesellschafters hat seinen materiellen Grund in der gesellschaftlicher Treuepflicht (BGH, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 163; Urteil vom 20. September 1999 – II ZR 345/99, ZIP 1999, 1843, 1844 mwN). Die *actio pro socio* soll die Gesellschafter auch vor Beeinträchtigungen durch eine unrechtmäßige Einflussnahme auf die Geschäftsführung bei der Verfolgung von aus der gesellschaftlicher Treuepflicht erwachsenden Ansprüchen schützen (vgl. BGH, Urteil vom 8. November 2022 – II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 Rn. 67).

Diese Gefahr besteht auch bei Ausschließungsklagen, weil der oft intensiv geführte Streit zwischen den Gesellschaftern sich auf die Geschäftsführung der Gesellschaft und damit auch auf die Durchsetzung einer gebotenen Ausschließung auswirkt.

b) Der Prozessführungsbefugnis des Klägers nach diesen Grundsätzen steht insbesondere nicht der Vorrang der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft entgegen.

aa) Gegenüber der Gesellschafterklage besteht grundsätzlich ein Vorrang der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft, der jedoch entfällt, wenn eine Klage der Gesellschaft undurchführbar, durch den Schädiger selbst vereitelt worden oder infolge der Machtverhältnisse der Gesellschaft so erschwert ist, dass es für den betroffenen Gesellschafter ein unzumutbarer Umweg wäre, müsste er die Gesellschaft erst zu einer Klage zwingen (BGH, Urteil vom 5. Juni 1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 21; Urteil vom 28. Juni 1982 – II ZR 199/81, ZIP 1982, 1203, 1204; Urteil vom 29. November 2004 – II ZR 14/03, ZIP 2005, 320, 321).

bb) So liegt es hier. Im Zeitpunkt der Klageerhebung war die organschaftliche Vertretung der Nebenintervenientin Gegenstand mehrerer Gerichtsverfahren, in denen u.a. über die Abberufung des Rechtsvorgängers des Beklagten als Geschäftsführer sowie über die Bestellung neuer Geschäftsführer gestritten wurde. Weil die Parteien sich nicht auf einen neuen Geschäftsführer einigen konnten, bestellte das Amtsgericht – Registergericht – nach Klageerhebung im vorliegenden Rechtsstreit einen Notgeschäftsführer mit einem vornehmlich auf die Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen sowie die Vertretung in Gerichtsprozessen beschränkten Aufgabenkreis. Beide Parteien haben hiergegen Beschwerde eingelegt.

3. Soweit der Senat bisher die Ausschließung eines Gesellschafters durch Gestaltungsurteil an die Bedingung geknüpft hat, dass der betroffene Gesellschafter binnen einer im Urteil festzusetzenden angemessenen Frist den ebenfalls im Urteil zu bestimmenden Gegenwert für seinen Geschäftsanteil erhält (sog. Bedingungslösung; vgl. BGH, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157), hält er daran nicht mehr fest. Wird ein Gesellschafter wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes ohne statutarische Regelung durch Urteil aus der GmbH ausgeschlossen, wird die Ausschließung des betroffenen Gesellschafters bereits mit Rechtskraft des Urteils wirksam und ist nicht durch die Leistung der Abfindung bedingt.

a) Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird die Einziehung des Geschäftsanteils bereits mit der Mitteilung eines entsprechenden Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter wirksam, wenn der Einziehungsbeschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 13; Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 25; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 46). Der Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil eingezogen wird, muss allerdings davor geschützt werden, dass die verbleibenden Gesellschafter sich mit der Fortsetzung der Gesellschaft den wirtschaftlichen Wert seines Anteils aneignen und ihn aufgrund der gläubigerschützenden Kapitalerhaltungspflicht mit seinem Abfindungsanspruch leer ausgehen lassen. Die Gesellschafter haften daher dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig auf Zahlung der Abfindung, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft unter Verzicht auf Maßnahmen zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafters als treuwidrig anzusehen ist (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 14, 21; Urteil vom 10. Mai 2016 – II ZR 342/14, BGHZ 210, 186 Rn. 22 f.). Diese sog. Haftungslösung vermeidet die erheblichen Nachteile der Schwebelage, die nach der Bedingungslösung entsteht (kritisch zur Schwebelage bereits BGH, Urteil vom 30. Juni 2003 – II ZR 326/01, ZIP 2003, 1544, 1546). Dem ausgeschiedenen Gesellschafter bleiben während der Schwebezeit seine mitgliedschaftlichen Rechte jedenfalls grundsätzlich erhalten, obwohl es zumindest dann, wenn ein wichtiger Grund in seiner Person zur Einziehung geführt hat, der Gesellschaft und den verbleibenden Gesellschaftern gerade unzumutbar ist, dass er weiter in der

Gesellschaft bleibt (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 15). Die Durchsetzung der berechtigt betriebenen Einziehung kann sogar scheitern, weil der betroffene Gesellschafter durch Wahrnehmung seiner grundsätzlich fortbestehenden Gesellschafterrechte die Auszahlung der Abfindung an ihn in dieser Schwebezeit obstruiert (Goette, Festschrift Lutter, 2001, S. 399, 405). Der ausgeschiedene Gesellschafter wird seinerseits in seinem berechtigten Interesse am Erhalt seiner Abfindung ausreichend durch die persönliche Haftung der Gesellschafter geschützt (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 21 f.; Urteil vom 10. Mai 2016 – II ZR 342/14, BGHZ 210, 186 Rn. 22 ff.).

b) Diese Erwägungen lassen sich auf die Ausschließung eines Gesellschafters ohne statutarische Regelung durch Klage übertragen (Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl., § 60 Rn. 99; Fleischer in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 34 GmbHG Rn. 31; Görner in Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl., § 34 Rn. 92; Kersting in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., Anhang § 34 Rn. 14; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl., § 34 Rn. 132; Klingsch in Saenger/Inhvester, 4. Aufl., Anhang zu § 34 Rn. 16; Sosnitzer in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl., Anhang § 34 Rn. 31; MünchKommGmbHG/Strohn, 4. Aufl., § 34 Rn. 186; Anacker, Der Schutz des Abfindungsinteresses des zwangsweise ausscheidenden GmbH-Gesellschafters, 2015, S. 346 f.; Goette/Goette, Die GmbH, 3. Aufl., § 6 Rn. 49; MünchHdBGesR III/Kort, 6. Aufl., § 29 Rn. 45; MAH GmbH-Recht/Römmermann/Passarge, 4. Aufl., § 14 Rn. 103; Witt in Gehrlein/Witt/Volmer, GmbH-Recht in der Praxis, 4. Aufl., Kap. 3 Rn. 50; Bayer in Festschrift Bergmann, 2018, S. 43, 60 f.; Schneider/Hoger, NJW 2013, 502, 504 f.; Staake, LMK 2012, 330924; Strohn, Festschrift Bergmann, 2018, S. 729, 741 f.; Träger, VGR 2013, 23, 66 ff.; a.A. BeckOK GmbHG/Schindler, Stand 1.9.2022, § 34 Rn. 145.3; Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl., Anhang § 34 Rn. 46; Thiessen in Bork/Schäfer, GmbHG, 5. Aufl., § 34 Rn. 63; Ulmer/Habersack in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl., Anhang nach § 34 Rn. 37; Blath in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl., § 6 Rn. 1558; Lutz, Der Gesellschafterstreit, 7. Aufl., Rn. 272b; Gehrlein, WM 2019, 1, 4; Klöckner, GmbHR 2012, 1325, 1327; Trölitzsch, KSzW 2016, 55, 57; offen: Sandhaus in Gehrlein/Born/Simon, 5. Aufl., § 34 Rn. 86 ff.; Wicke, GmbHG, 4. Aufl., Anhang § 34 Rn. 6).

aa) Die bei der Bedingungslösung nach Rechtskraft des Urteils entstehende Schwebelage ist den übrigen Gesellschaftern in besonderem Maße unzumutbar, weil die Ausschließung, anders als die Einziehung, als äußerstes und letztes Mittel stets nur zulässig ist, wenn in der Person oder dem Verhalten des Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt, mithin ein Verbleib des Gesellschafters in der Gesellschaft die gedeihliche Fortführung des Unternehmens in Frage stellen würde oder aus sonstigen Gründen die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit ihm für die übrigen Gesellschafter unzumutbar wäre (BGH, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 164; Urteil vom 17. Februar 1955 – II ZR 316/53, BGHZ 16, 317; Urteil vom 17. September 1964 – II ZR 136/62, WM 1964, 1188, 1191; Urteil vom 9. März 1987 – II ZR 215/86, GmbHR 1987, 302; MünchKommGmbHG/Strohn, 4. Aufl., § 34 Rn. 134). Liegen diese Voraussetzungen vor, besteht, anders als etwa in Fällen einer einvernehmlichen Einziehung (§ 34 Abs. 1 GmbHG), die erhöhte Gefahr, dass der Gesellschafter seine verbliebenen Gesellschafterrechte nutzt, um die gestaltende Wirkung des Urteils zu verzögern oder zu vereiteln.

bb) Der Abfindungsanspruch des Gesellschafters wird auch bei einem mit Rechtskraft des Ausschließungsurteils wirksamen Ausscheiden ausreichend gesichert, nämlich zum einen durch das Gebot der Kapitalerhaltung und zum anderen durch die persönliche Haftung der verbliebenen Gesellschafter ab dem Zeitpunkt, in dem die Fortsetzung der Gesellschaft unter Verzicht auf Maßnahmen zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafters als treuwidrig anzusehen ist.

(1) Das vorrangig gläubigerschützende Gebot der Kapitalerhaltung schützt auch den Auszuschließenden davor, seine Mitgliedschaft zu verlieren, wenn zum Zeitpunkt der letzten

mündlichen Verhandlung feststeht, dass die Abfindung nicht ohne Verletzung von § 30 Abs. 1 GmbHG gezahlt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 175; Urteil vom 4. August 2020 – II ZR 171/19, ZIP 2020, 1757 Rn. 31 mwN; zur Einziehung: MünchKommGmbHG/Strohn, 4. Aufl., § 34 Rn. 31).

(a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt das Gebot der Kapitalerhaltung auch dann, wenn die Gesellschaft einen Gesellschafter ausschließen will. Geschieht das durch Beschluss der Gesellschafterversammlung aufgrund einer statutarischen Regelung, ist dieser entsprechend § 241 Nr. 3 AktG wegen Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 GmbHG nichtig, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden kann (BGH, Urteil vom 5. April 2011 – II ZR 263/08, ZIP 2011, 1104 Rn. 19; Urteil vom 4. August 2020 – II ZR 171/19, ZIP 2020, 1757 Rn. 31).

(b) Diese Grundsätze gelten sinngemäß bei einer Ausschließung ohne Satzungsregelung. Steht fest, dass die geschuldete Abfindung nicht gezahlt werden kann, ist kein Grund dafür ersichtlich, warum sich ein Gesellschafter einer Ausschließung unterwerfen soll (BGH, Urteil vom 5. April 2011 – II ZR 263/08, ZIP 2011, 1104 Rn. 21). Dementsprechend kann auch ein die Ausschließung des Gesellschafters aussprechendes Gestaltungsurteil nicht ergehen, wenn zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung feststeht, dass die Abfindung nicht ohne Verletzung von § 30 Abs. 1 GmbHG gezahlt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 175; Urteil vom 5. April 2011 – II ZR 263/08, ZIP 2011, 1104 Rn. 19; Urteil vom 4. August 2020 – II ZR 171/19, ZIP 2020, 1757 Rn. 31 mwN).

(2) Darüber hinaus haften die verbliebenen Gesellschafter nach Wirksamwerden der Ausschließung persönlich für die Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters ab dem Zeitpunkt, in dem die Fortsetzung der Gesellschaft unter Verzicht auf Maßnahmen zur Befriedigung des Abfindungsanspruchs des ausgeschiedenen Gesellschafters als treuwidrig anzusehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 2016 – II ZR 342/14, BGHZ 210, 186 Rn. 23). Durch diese Haftung wird der Abfindungsanspruch zwar nicht in vollem Umfang gegen Veränderungen der Vermögenslage der Gesellschaft geschützt; einen derartigen Schutz hätte der nach der Bedingungslösung in der Gesellschaft verbleibende Gesellschafter im Rahmen eines Liquidationsverfahrens aber ebenfalls nicht (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 22).

cc) Die Ausschließung durch Beschluss ist ebenfalls nicht durch die Zahlung einer Abfindung bedingt.

Hat ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschluss der Gesellschafterversammlung nach der Satzung der GmbH die Wirkung, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung mit sofortiger Wirkung verliert, tritt diese Wirkung unabhängig von der Zahlung der dem Gesellschafter zustehenden Abfindung ein (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1960 – II ZR 22/59, BGHZ 32, 17, 23; Urteil vom 20. Juni 1983 – II ZR 237/82, NJW 1983, 2880, 2881; Urteil vom 30. Juni 2003 – II ZR 326/01, ZIP 2003, 1544, 1546; Beschluss vom 8. Dezember 2008 – II ZR 263/07, ZIP 2009, 314 Rn. 6; Urteil vom 5. April 2011 – II ZR 263/08, ZIP 2011, 1104 Rn. 21; Urteil vom 4. August 2020 – II ZR 171/19, ZIP 2020, 1757 Rn. 26). Die Gesellschafterstellung des Betroffenen lebt nicht wieder auf, wenn die Gesellschaft nicht in angemessener Frist die Einziehung des Geschäftsanteils beschließt oder seine Abtretung verlangt und nichts dazu tut, dass der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Geschäftsanteils erlangt (BGH, Urteil vom 25. Januar 1960 – II ZR 22/59, BGHZ 32, 17, 23; Beschluss vom 8. Dezember 2008 – II ZR 263/07, ZIP 2009, 314 Rn. 6; Urteil vom 4. August 2020 8. – II ZR 171/19, ZIP 2020, 1757 Rn. 26). Im Prozess über die Wirksamkeit des Ausschließungsbeschlusses kommt es daher nicht darauf an, dass lediglich die Ausschließung des Klägers beschlossen, nicht aber über seinen Geschäftsanteil Beschluss gefasst worden ist, und welchen Wert dieser Geschäftsanteil hat (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1960 – II ZR 22/59, BGHZ 32, 17, 23; Beschluss vom Dezember 2008 – II ZR 263/07, ZIP 2009, 314 Rn. 6; Urteil vom 4. August 2020 – II ZR 171/19, ZIP 2020, 1757 Rn. 26).

dd) Auch die fehlende antizipierte Zustimmung zum Ausschluss ohne satzungsmäßige Regelung zwingt nicht zur Kopplung des Abfindungsanspruchs an die Wirksamkeit der Ausschließung.

(1) Die Satzung einer GmbH kann den Ausschluss regeln und für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss anordnen, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung mit sofortiger Wirkung verliert (BGH, Urteil vom 4. August 2020 – II ZR 171/19, ZIP 2020, 1757 Rn. 21 mwN). Zwar ist ein auf einer solchen Satzungsgrundlage auszuschließender Gesellschafter wegen seiner antizipierten Zustimmung grundsätzlich weniger schutzwürdig als ein Gesellschafter, der einer entsprechenden Satzungsregelung nicht zugestimmt hat (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2011 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 16). Dem wird aber dadurch Rechnung getragen, dass letzterer nur durch Gestaltungsurteil aufgrund eines gerichtlichen Verfahrens, das für den Ausschluss als besonders einschneidende Maßnahme von vornherein klare Verhältnisse schaffen soll, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann (BGH, Urteil vom 1. April 1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 166). Gleichzeitig gewährleistet das gerichtliche Verfahren damit gegenüber der Ausschließung durch Gesellschafterbeschluss dem auszuschließenden Gesellschafter besseren verfahrensrechtlichen Schutz vor einem unberechtigten Ausscheiden aus der Gesellschaft. Will ein Gesellschafter sich gegen einen auf einer Satzungsregelung beruhenden Ausschließungsbeschluss der Gesellschafterversammlung wehren, muss er selbst Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage erheben und, ggf. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, der Gesellschaft verbieten lassen, eine neue Gesellschafterliste, in der er nicht mehr aufgeführt ist, bei dem Registergericht einzureichen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 39).

(2) In Bezug auf die hiervon zu trennende Frage, ob die sofortige Wirksamkeit der Ausschließung von der Zahlung der Abfindung abhängt, ist die Interessenlage aber in beiden Fällen gleich. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, der Gesellschafter gebe mit der Unterwerfung unter eine satzungsmäßige Regelung zu erkennen, für den Fall des Eintritts eines wichtigen Grundes dem Fortsetzungsinteresse der Gesellschaft bzw. der übrigen Gesellschafter gegenüber seinem Verbleib und seinem Interesse am sofortigen Erhalt der Abfindung den Vorzug zu geben (so Pentz in Festschrift Ulmer, 2003, 451, 467). Zum einen ist ein solcher – unterstellter – Wille in der Satzung nicht niedergelegt; zum anderen kann ein Gesellschafter auch bei Fehlen einer satzungsmäßigen Ausschließungsregelung angesichts des das Recht der Dauerschuldverhältnisse beherrschenden Grundsatzes, sich aus wichtigem Grund von diesem lösen zu können (vgl. §§ 314, 626, 723 BGB, §§ 117, 127, 133, 140 HGB), nicht berechtigt darauf vertrauen, in der Gesellschaft zu verbleiben, obwohl in seiner Person oder in seinem Verhalten ein wichtiger Grund für seinen Ausschluss vorliegt (vgl. Goette, DStR 2001, 533, 539; Strohn, Festschrift Bergmann, 2018, S. 729, 732 f.).

4. Allerdings tragen die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht die Annahme, die Abfindung des Beklagten könne nicht aus freiem Vermögen der Nebenintervenientin gezahlt werden.

a) Das Berufungsgericht ist unter Bezugnahme auf die landgerichtliche Entscheidung (§ 540 Abs. 1 ZPO) davon ausgegangen, die Zusage des Klägers, die Nebenintervenientin mit dem zur Auszahlung der Abfindung notwendigen Betrag auszustatten, sei nicht entscheidungserheblich, solange es in der Gesellschaft an dem für die Abfindung erforderlichen Kapital fehle. Ein im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorhandenes freies Vermögen der Nebenintervenientin zur Zahlung der vollständigen Abfindung habe es nicht feststellen können.

b) Diese Auffassung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

aa) Für das im Gläubigerinteresse bestehende Auszahlungsverbot nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt eine bilanzielle Betrachtungsweise. Auszahlungen an (ausgeschiedene) Gesellschafter dürfen nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen. Deren Vorliegen bestimmt sich nicht nach

Verkehrswerten, sondern nach den Buchwerten einer stichtagsbezogenen Handelsbilanz; stille Reserven finden keine Berücksichtigung (BGH, Urteil vom 29. September 2008 – II ZR 234/07, ZIP 2008, 2217 Rn. 11; Urteil vom 5. April 2011 – II ZR 263/08, ZIP 2011, 1104 Rn. 17; Urteil vom 26. Juni 2018 – II ZR 65/16, ZIP 2018, 1540 Rn. 15; Urteil vom 26. Januar 2021 – II ZR 391/18, ZIP 2021, 459 Rn. 32).

bb) Hat der Gesellschafter einer GmbH mit der Gesellschaft vereinbart, sie in der Weise auszustatten, dass die Zahlung der Abfindung an einen ausgeschiedenen Gesellschafter nicht zur Entstehung einer Unterbilanz führt, kann nach allgemeinen Grundsätzen (§ 42 GmbHG, §§ 242 ff. HGB) eine Forderung in der Handelsbilanz der Gesellschaft aktiviert werden.

(1) Ein Gesellschafter kann sich *causa societatis*, über seine Verpflichtung zur Leistung seiner Einlage (§ 19 Abs. 1 GmbHG) hinausgehend, zur Erbringung weiterer Leistungen, etwa zu Sanierungszwecken in Form von Verlustanteilerhöhungen oder verlorenen Zuschüssen oder zu sonstigen freiwilligen finanziellen Zuwendungen, verpflichten. Diese Zusagen werden regelmäßig ohne unmittelbare Gegenleistung im Rechtssinne, wohl aber vor dem Hintergrund abgegeben, dass sich der Gesellschafter davon eine Stärkung der Gesellschaft und damit mittelbar eine Verbesserung seiner durch die Mitgliedschaft vermittelten Vermögenslage verspricht (BGH, Urteil vom 8. Mai 2006 – II ZR 94/05, ZIP 2006, 1199 Rn. 11 ff.). Dementsprechend begegnet es keinen Bedenken, wenn sich ein Gesellschafter, ggf. auch erst im Rahmen eines Prozesses, gegenüber der Gesellschaft dazu verpflichtet, sie so auszustatten, dass sie die Abfindungsforderung eines ausscheidenden Gesellschafters ohne Verstoß gegen § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zahlen kann. Ein entsprechender Ausstattungsanspruch der Gesellschaft gegen ihren Gesellschafter kann in ihrer Bilanz nach allgemeinen Grundsätzen (§ 42 GmbHG, §§ 242 ff. HGB) aktiviert werden (vgl. MünchKommGmbHG/Ekkenga, 4. Aufl., § 30 Rn. 105; BeckOGK BGB/Harnos, Stand 1.5.2023, § 765 Rn. 668.2; Wittmann, GmbHR 2020, 191, 193 f.; vgl. zur Überschuldungsbilanz: BGH, Urteil vom 20. September 2010 – II ZR 296/08, BGHZ 187, 69 Rn. 17 f. – STAR 21; Urteil vom 13. Juli 2021 – II ZR 84/20, BGHZ 230, 255 Rn. 74).

(2) Das Berufungsgericht hat bisher keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Ausstattungszusage des Klägers eine in der Bilanz der Nebenintervenientin im Zeitpunkt der Zahlung der Abfindung aktivierbare Forderung begründet. Nach seinen Feststellungen hat der Kläger im Prozess erklärt, er werde der Nebenintervenientin – sollte über eine anderweitig gerichtlich verfolgte und in der Bilanz zu aktivierende Schadensersatzforderung gegen den früheren Geschäftsführer und Rechtsvorgänger des Beklagten noch nicht entschieden sein – den zur Auszahlung der Abfindung notwendigen Betrag im Wege einer Einlage rechtzeitig zur Verfügung stellen. Soweit die Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang einwendet, es handele sich um keine rechtsverbindliche Vereinbarung zwischen Kläger und Nebenintervenientin, fehlt es an entsprechenden Feststellungen des Berufungsgerichts zum Rechtsbindungswillen und Vertragsabschluss nach §§ 145 ff. BGB.

IV.

Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit noch nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO), damit dieses ergänzende Feststellungen zur Aktivierbarkeit einer Forderung aus der Ausstattungszusage des Klägers in der Handelsbilanz der Nebenintervenientin im Zeitpunkt der Zahlung der Abfindung und zu den weiteren Voraussetzungen einer Ausschließung treffen kann.

V. Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen dieses Versäumnisurteil kann die säumige Partei innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung des Versäumnisurteils beginnt, schriftlich Einspruch durch eine von einer beim

Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnete Einspruchsschrift beim Bundesgerichtshof, Herrenstraße 45a, 76133 Karlsruhe (Postanschrift: 76125 Karlsruhe) einlegen.

Entscheidung 2 - OLG München Endurteil vom 3.5.2023 – 7 U 2865/21

Gründe:

A.

Die Parteien streiten um Ansprüche im Zusammenhang mit der Beendigung der Tätigkeit der Klägerin als Geschäftsführerin der Beklagten.

Die Klägerin war zur Geschäftsführerin beider Beklagter bestellt. Alleingesellschafterin beider Beklagter ist die U. Holding GmbH. Konzernobergesellschaft ist die (niederländische) R. G. S. BV.

Zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 bestand der als Anlage K 1 vorgelegte Geschäftsführer-Dienstvertrag, der auszugsweise den folgenden Inhalt hat:

3. Vergütung

3.1 Der Geschäftsführer hält [sic!] ein Jahresgrundgehalt von EUR 190.000,- € brutto, welches in zwölf gleichen Raten zum Ende eines jeden Monats ausbezahlt wird.

3.2 Darüber hinaus erhält der Geschäftsführer während der Dauer seiner Bestellung ein variables Jahresgehalt. Die Höhe des variablen Jahresgehalts ist abhängig von der Erreichung von Zielen, die von der Gesellschaft vor Beginn des Jahres, auf das sich das variable Jahresgehalt bezieht, in Abstimmung mit dem Geschäftsführer festgelegt werden. Eine Änderung der zuvor bestimmten Ziele, die einen wesentlichen Einfluss auf die Höhe der variablen Vergütung haben kann, ist während des Jahres, auf das sich das variable Gehalt bezieht, nur mit Zustimmung des Geschäftsführers möglich. ...

4. Sonstige Leistungen.

4.1 Die Gesellschaft stellt dem Geschäftsführer einen angemessenen Dienstwagen zur Verfügung (z.B. Audi A6 durchschnittlicher Ausstattung), der auch für private Zwecke genutzt werden kann. Steuern, die aufgrund der Privatnutzung anfallen, trägt der Geschäftsführer. Bei einer Freistellung des Geschäftsführers oder seiner Abberufung ist der Dienstwagen am Sitz der Gesellschaft herauszugeben, ohne dass insoweit ein Anspruch auf finanziellen Ausgleich des in der Privatnutzung liegenden geldwerten Vorteils besteht. ... Hinsichtlich der weiteren Regelungen des Dienstvertrages wird auf Anlage K 1 Bezug genommen. – Das monatliche Grundgehalt der Klägerin betrug zuletzt 22.270,- € zuzüglich eines Arbeitgeberanteils an vermögenswirksamen Leistungen in Höhe von 20,- €, eines Zuschusses zur privaten Krankenversicherung in Höhe von 338,- € und eines Zuschusses zur privaten Pflegeversicherung in Höhe von 28,14 €, mithin zusammen 22.656,14 €. Der geldwerte Vorteil der Privatnutzung des Dienstwagens betrug monatlich 829,- €.

Ursprünglich bestand auch ein Dienstvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 (Anlage K 13). Dieser wurde nach der Rechtsauffassung der Beklagten durch eine dreiseitige Vereinbarung zwischen den Parteien vom 19.8.2013 aufgehoben und durch den Dienstvertrag mit der Beklagten zu 1 gemäß Anlage K 1 ersetzt. Die Klägerin hält diese Vereinbarung mangels wirksamer Vertretung der Beklagten für unwirksam.

Am 23.7.2019 übermittelte die G. R. S. BV der Klägerin das als Anlage K 16 vorgelegte Schreiben. Diesem war als Annex 1 die sogenannte „Scorecard 2019“ beigefügt, mit der die von der Klägerin im Geschäftsjahr 2019 zu erreichenden Ziele und das für den Fall der Zielerreichung der Klägerin zustehende variable Jahresgehalt 2019 festgelegt werden sollten. Als Jahresziele sind dabei ein EBITDA von „€ 12.074 million“ und eine Conversion ratio von 26% genannt. Dabei war als Untergrenze bei einer Zielerreichung von 95% EBITA und -2% Conversion ratio (gemeint wohl also 24%) ein

Mindestbonus von 60.560,- €, bei einer Zielerreichung von 100% EBITDA und 100% Conversion ratio ein Bonus von 106.870,- € und bei mindestens 105% EBITDA und +2% Conversion ratio (also wohl 28%) ein Höchstbonus von 235.114 € vorgesehen. Hinsichtlich der Einzelheiten des genannten Schreibens nebst Annexen wird auf Anlage K 16 Bezug genommen.

Die U. Holding GmbH kann nach ihrer Satzung vertreten werden durch einen Geschäftsführer und einen Prokuristen. Am 6.8.2019 waren jedenfalls Herr R. Z. als Geschäftsführer und der Zeuge Ni. als Prokurist der U. Holding GmbH bestellt und auch als solche ins Handelsregister eingetragen (vgl. Auszug aus dem Handelsregister, Anlage B 4).

Im Rahmen einer Besprechung am 6.8.2019 überreichten die Zeugin No. und der Zeuge M. K. das Schreiben gemäß Anlage K 3, in welchem der Geschäftsführerdienstvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 gemäß Anlage K 1 ordentlich zum Ablauf des Februars 2020 gekündigt wurde. Das Schreiben schließt mit dem Vermerk „für die Gesellschafterin U. Holding GmbH“ und trägt die Unterschriften des Geschäftsführers Z. (unter dem Datum 1.8.2019) und des Zeugen M. („ppa“ unter dem Datum 6.8.2019). Hinsichtlich des genauen Inhalts des Kündigungsschreibens wird auf Anlage K 3 Bezug genommen.

Zusammen mit dem Schreiben gemäß Anlage K 3 wurde der Klägerin jedenfalls die erste Seite des Schreibens gemäß Anlage B 2 übergeben. Zwischen den Parteien ist streitig, ob auch die zweite Seite des Schreibens, wie es sich aus Anlage B 2 ergibt, übergeben wurde; die Klägerin bestreitet dies.

Anlage B 2 ist ein unter dem Briefkopf „U.“ und dem Datum 6.8.2019 ausgefertigtes, an den Zeugen M. gerichtetes und mit „Prokuraerteilung“ überschriebenes Schriftstück, in dem es auszugsweise heißt:

... wir erteilen ihnen hiermit Gesamtprokura. Sie sind befugt, die U. Holding GmbH zusammen mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen zu vertreten. ... Die vorerwähnte Seite 2 des Schreibens (deren Übergabe an die Klägerin streitig ist) trägt die Unterschrift des Geschäftsführers Z. sowie „ppa“ einer weiteren Person, bei der es sich nach dem bestrittenen Beklagtenvortrag um den Zeugen Ni. handeln soll. – Hinsichtlich des genauen Inhalts des Schreibens wird auf die Anlage B 2 Bezug genommen. – Der Zeuge M. wurde am 11.10.2019 als Prokurist der U. Holding GmbH ins Handelsregister eingetragen (vgl. Anlage B 4).

Mit Schreiben vom 12.8.2019 (Anlage K 9), vorab übermittelt per Fax und Email, wies die nunmehrige Klägervvertreterin namens der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1 die Kündigung mangels ausreichender Vollmachtsvorlage zurück und bot die Arbeitskraft der Klägerin an.

Mit Anwaltsschreiben vom 16.8.2019 (Anlage K 10) übermittelten die nunmehrigen Beklagtenvertreter an die Klägervvertreterin ein von den Herren Z. und M. unterschriebenes Schreiben der Erstbeklagten, das mit dem 14.8.2019 datiert ist und namens der Gesellschafterversammlung der Erstbeklagten die Abberufung der Klägerin als Geschäftsführerin und ihre sofortige Freistellung von der Pflicht zur Dienstleistung enthielt. Letztgenanntes Schreiben wurde nach dem Vortrag der Beklagten ferner bereits am 15.8.2019 in den Hausbriefkasten der Klägerin eingeworfen.

Mit Schreiben vom 22.8.2019 (Anlage K 17), vorab übermittelt per Fax und Email, wies die Klägervvertreterin auch die Abberufung und Freistellung der Klägerin mangels ausreichender Vollmachtsvorlage zurück und bot erneut die Arbeitskraft der Klägerin an.

Am 10.3.2020 gab die Klägerin den ihr überlassenen Dienstwagen zurück.

Die Klägerin hält die Kündigung zum 29.2.2020 für unwirksam, so dass ihr jedenfalls das monatliche Grundgehalt in Höhe von je 22.656,14 € für die Monate März und April 2020 zustehe. Ferner habe sie Anspruch für den unberechtigten Entzug der Privatnutzung des Dienstwagens ab 10.3.2020. Schließlich stehe ihr ein Betrag in Höhe von 235.114,- € als variable Vergütung für das Kalenderjahr 2019 zu.

Hilfsweise stünden ihr entsprechende Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 zu, weil ihr Dienstverhältnis zur Beklagten zu 2 nie wirksam aufgehoben worden sei.

Die Klägerin hat beantragt,

1. Die Beklagte zu 1) wird verurteilt, an die Klägerin Euro 282.084,28 brutto nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von Euro 258.599,14 seit dem 01.04.2020 und aus weiteren Euro 23.485,14 seit dem 01.05.2020 zu zahlen.

2. Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht feststellen sollte, dass das Anstellungsverhältnis der Klägerin bei der Beklagten zu 1) wirksam zum 28.02.2020 beendet wurde: Die Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Klägerin Euro 263.377,62 € brutto nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz aus einem Betrag von Euro 249.45,81 seit dem 01.04.2020 und aus weiteren Euro 14.131,81 seit dem 01.05.2020 zu zahlen.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klägerin auf den Klagantrag 1 hin einen Betrag von 153.572,86 € nebst gestaffelten Zinsen zuerkannt und die weitergehende Klage gegen die Beklagte zu 1 abgewiesen. Über Klagantrag 2 hat das Landgericht keine Entscheidung getroffen, weil es der Auffassung war, die Bedingung, unter der der Antrag gestellt war, sei nicht eingetreten. Auf Tatbestand und Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils wird Bezug genommen.

Die Klägerin hat zunächst form- und fristgerecht Berufung in Richtung gegen beide Beklagte eingereicht und ihre erstinstanzlichen Anträge weiter verfolgt, soweit ihnen nicht entsprochen wurde. Im Termin vor dem Senat vom 18.1.2023 hat sie sodann die Berufung in Richtung gegen die Beklagte zu 2 zurückgenommen. Die Beklagte zu 1 (im Folgenden: Beklagte) erstrebt mit ihrer zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung die Abweisung der Klage insgesamt.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte zu

1) unter Abänderung des Urteils des Landgerichts München I vom 28.04.2021, Az. 8 HK O 6291/20 zu verurteilen, an die Klägerin weitere 128.244,01 Euro brutto nebst 5% Zinsen über dem Basiszinssatz aus 128.244,01 Euro seit dem 01.04.2020 zu zahlen.

Die Beklagte zu 1 beantragt,

das Urteil des Landgerichts München I vom 28. April 2021, Az. 8 HK O 6291/20 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin und die Beklagte zu 1) beantragen jeweils,

das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Einvernahme der Zeugen E. No., F. Ni. und G. M. im Termin vom 18.1.2023. Hinsichtlich der Angaben der Zeugen wird auf die Sitzungsniederschrift (Bl. 290 ff. der Akten) Bezug genommen.

B.

Die Berufung der Klägerin erweist sich, soweit über sie noch zu entscheiden war, als unbegründet. Die Berufung der Beklagten hat nur hinsichtlich der zuerkannten Zinsen in geringem Umfang Erfolg.

I. Zu Recht hat das Landgericht der Klägerin Dienst- bzw. Annahmeverzugsvergütung für die Monate März und April 2020 in Höhe von je 22.656,14 € (also zusammen 45.092,28 €) nebst Zinsen ab 1.4. bzw. 1.5.2020 zuerkannt. Klarzustellen ist, dass es sich – entsprechend dem Antrag der Klägerin, § 308 ZPO – um Bruttobeträge handelt.

1. Die Kündigung des Geschäftsführerdienstverhältnisses zwischen den Parteien vom 1./6.8.2019 seitens der Erstbeklagten (Anlage K 3) erweist sich als unwirksam, so dass dieses Dienstverhältnis im streitgegenständlichen Zeitraum (März / April 2020) fortbestand.

a) Zwar erfolgte die Kündigung formal ordnungsgemäß durch die U. Holding GmbH, die dabei auch grundsätzlich wirksam vertreten wurde.

Die Kündigung eines Geschäftsführer-Dienstverhältnisses obliegt bei der GmbH der Gesellschafterversammlung. Dies folgt nach allgemeiner Ansicht als Annexkompetenz aus der Kompetenz der Gesellschafterversammlung für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern (§ 46 Nr. 5 GmbHG; vgl. auch § 7 Abs. 3 der Satzung der Beklagten zu 1) [Anl. K 4]). Damit oblag die Kündigung der U. Holding GmbH als Alleingesellschafterin der Beklagten zu 1).

Besteht die Gesellschafterversammlung nur aus einer Person (hier: U. Holding GmbH), bedarf es für die Kündigung keines förmlichen Gesellschafterbeschlusses oder gar dessen Beifügung zum Kündigungsschreiben; vielmehr kann der Alleingesellschafter durch seine Vertretungsberechtigten jederzeit formlos Beschluss fassen und diesen durch das Kündigungsschreiben dokumentieren (BGH, Urteil vom 28.10.2002 – II ZR 353/00, Rz. 6; Urteil vom 20.10.2008 – II ZR 107/07, Rz. 13). Voraussetzung für die Wirksamkeit der gegenständlichen Kündigung ist daher, dass die U. Holding GmbH bei dem am 6.8.2019 an die Klägerin übergebenen Kündigungsschreiben vom 1./6.8.2019 wirksam vertreten wurde.

Die U. Holding GmbH kann nach ihrer Satzung unstreitig vertreten werden durch einen Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen. Unterschrieben haben das Schreiben Herr R. Z. sowie der Zeuge M. Unstreitig war Herr Z. im fraglichen Zeitraum Geschäftsführer der U. Holding GmbH. Entgegen der Auffassung des Landgerichts war der Zeuge M. im Zeitpunkt seiner Unterschrift am 6.8.2019 auch wirksam zum Prokuristen der U. Holding GmbH bestellt.

Die Prokura ist eine vertypte Form der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht (Vollmacht) und wird erteilt nach allgemeinen Regeln; genügend ist hiernach jedenfalls eine entsprechende (ausdrückliche, aber im übrigen formlose) Willenserklärung des Inhabers des Handelsgeschäfts gegenüber dem Prokuristen (§§ 167 BGB, 48 HGB); die Eintragung der Prokura ins Handelsregister ist insoweit nicht konstitutiv. Herr M. hatte also Prokura für die U. Holding GmbH, wenn eine solche Willenserklärung ihm gegenüber namens der Holding von für die Holding vertretungsberechtigten Personen abgegeben war. Dies ist mit dem Schreiben vom 6.8.2019 (Anlage B 2) erfolgt.

Das Schreiben trägt die Unterschriften des Geschäftsführers Z. und des Zeugen Ni. Von letzterem ist der Senat aufgrund der glaubhaften Angaben des Zeugen Ni., der seine Unterschrift auf der ihm vorgehaltenen Anlage B 2 wiedererkannte und an dessen Glaubwürdigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht, überzeugt. Damit ist das Schreiben, das dem Zeugen M. zugegangen sein muss, weil er es (oder zumindest dessen erste Seite) sonst nicht der Klägerin hätte übergeben können, von einem Geschäftsführer (Z.) und einem Prokuristen (Ni., der unstreitig zum Prokuristen bestellt und auch ins Handelsregister eingetragen war) unterzeichnet, so dass die U. Holding GmbH bei diesem Schreiben wirksam vertreten war.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist dieses Schreiben auch als Prokuraerteilung namens der U. Holding GmbH an den Zeugen M. auszulegen. Maßgeblich ist nach allgemeinen Grundsätzen, wie der Zeuge M. als Erklärungsempfänger das Schreiben nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen durfte. Insoweit greift das Landgericht zu kurz, wenn es darauf abstellt, dass das Schreiben im Briefkopf nur das Logo U. trage, was mehrdeutig sei, da es mehrere Gesellschaften mit diesem Namensbestandteil gebe. Schon die Lektüre des ersten Absatzes des Schreibens („wir erteilen Ihnen ... Gesamtprokura. Sie sind befugt, die U. Holding GmbH [Hervorhebung durch den Senat] zusammen mit einem Geschäftsführer oder einem anderen Prokuristen zu vertreten“) ergibt ohne jeden Zweifel, dass die Prokuraerteilung namens der Holding und für diese erfolgte; eine andere Auslegung verbot sich für die maßgebliche Person, den Erklärungsempfänger Maude.

Damit waren nach den obigen Ausführungen der Geschäftsführer Z. und der nunmehrige Prokurist M. am 6.8.2019 zusammen befugt, namens der U. Holding GmbH (als Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1) die Kündigung des Dienstverhältnisses der Klägerin auszusprechen. Irrelevant ist, dass der Zeuge M. am 1.8.2019, als der Geschäftsführer Z. das Kündigungsschreiben unterschrieb, noch keine Vertretungsmacht hatte. Entscheidend ist vielmehr, dass er bei seiner Unterschrift am 6.8.2019 bereits zum Prokuristen bestellt war, was wie gezeigt zutrifft. Jedenfalls bei der nachfolgenden Übergabe der Kündigung (womit diese erst wirksam wurde) war die Holding wirksam vertreten.

Nichts anderes kann die Klägerin aus dem Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses herleiten. Die Gesellschafter-„Versammlung“ der Beklagten zu 1 besteht aus einer (juristischen) Person, die ihrerseits durch mehrere Personen vertreten wird. Letztere Vertreter können durch sukzessive Abgabe von Willenserklärungen einen (formlosen) „Beschluss“ der Alleingesellschafterin zustande bringen, wobei allein entscheidend ist, dass sie im Zeitpunkt ihrer jeweils eigenen Willenserklärung jeweils Vertretungsmacht hatten.

b) Die Kündigung ist aber dennoch unwirksam, weil die Klägerin dieses einseitige Rechtsgeschäft nach § 174 BGB unverzüglich zurückgewiesen hat.

aa) Die Vorschrift ist auf die gegenständliche Kündigung anwendbar. Zwar gilt die Vorschrift in der Regel nicht bei der Vertretung durch ein bestelltes Vertretungsorgan (Geschäftsführer) und / oder durch einen Prokuristen. Grund dieser Einschränkung ist jedoch, dass in diesen Fällen die Vertretungsmacht durch Eintragung ins Handelsregister öffentlich kundgetan ist (vgl. Grüneberg / Ellenberger, BGB, 82. Aufl., § 174 Rz. 4 m.w.Nachw.). Damit ist die Vorschrift hinsichtlich des ins Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers Z. nicht anwendbar, wohl aber hinsichtlich des am 6.8.2019 noch nicht in das Handelsregister eingetragenen Prokuristen M.

bb) Die Klägerin war nach der genannten Vorschrift zur Zurückweisung der Kündigung berechtigt. Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Kündigungsschreiben die Prokuraerteilung für den Zeugen M. in vollständiger Form (im Original) beigelegt war.

(1) § 174 BGB bezweckt die Schaffung klarer Verhältnisse im Hinblick auf die Unwirksamkeit einseitiger Rechtsgeschäfte des vollmachtlosen Vertreters nach § 180 BGB (Grüneberg / Ellenberger, a.a.O. Rz. 1 m.w.Nachw.). Der Erklärungsempfänger soll also die Unwirksamkeit des Geschäfts ohne Rücksicht auf das tatsächliche Bestehen oder Nichtbestehen der Vertretungsmacht des Erklärenden durch Zurückweisung der Erklärung herbeiführen können, es sei denn, die Vertretungsmacht wird ihm durch die beigelegte Vollmacht im Original eindeutig nachgewiesen. Deshalb muss die Vollmacht die Befugnis des Erklärenden zur Vornahme des Rechtsgeschäfts eindeutig ergeben (Grüneberg / Ellenberger, a.a.O. Rz. 5 m.w.Nachw.). Das bedeutet für den Fall der noch nicht ins Handelsregister eingetragenen Prokura, dass der Empfänger der Erklärung des Prokuristen aufgrund der Vollmachtsurkunde beurteilen können muss, ob die Prokura wirksam erteilt wurde. Daran fehlt es, wenn sich aus der vorgelegten Vollmachtsurkunde nicht ergibt, wer namens des Inhabers des Handelsgeschäfts die Prokura erteilt hat, weil in diesem Fall die Vertretungsberechtigung für die Prokuraerteilung vom Erklärungsempfänger nicht beurteilt werden kann. Daraus folgt, dass eine ordnungsgemäße Vollmacht vorlage nur angenommen werden kann, wenn das vorgelegte Exemplar der Vollmacht erkennen lässt, wer sie erteilt hat. Daran fehlt es, wenn die Urkunde so unvollständig vorgelegt wird, dass die Aussteller der Vollmacht nicht erkennbar sind, wenn also hier konkret – wie von der Klägerin behauptet – die Prokuraerteilung ohne die Seite 2 mit den Unterschriften der Herren Z. und Ni. der Kündigung beigelegt war.

Die Darlegungs- und Beweislast für eine ordnungsgemäße Vollmacht vorlage trägt der Vollmachtgeber (hier also die Beklagte), während Darlegung und ggf. Beweis der unverzüglichen Zurückweisung dem Erklärungsempfänger (hier also der Klägerin) obliegen (vgl. z.B. MünchKomm / Schubert, BGB, 9. Aufl., § 174 Rz. 40; BeckOK / Schäfer, BGB, § 274 Rz. 16; Heidel / Ackermann, BGB, 4. Aufl., § 174 Rz. 11). Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass jeder Partei die Darlegungs- und Beweislast für die ihr günstigen Umstände obliegt. Nichts anderes ergibt sich aus dem Urteil des BGH vom 27.10.2000 (V ZR 172/99, Rz. 10). Dort ist zwar ausgeführt, dass die Darlegung der Berechtigung zur Zurückweisung einer Erklärung nach § 174 BGB demjenigen obliegt, der sich auf die Rechtzeitigkeit der Zurückweisung beruft. Die Entscheidung befasst sich a.a.O. im Tatsächlichen aber nur mit der Rechtzeitigkeit der Zurückweisung und enthält damit keine Anhaltspunkte dafür, dass der BGH (zumal ohne nähere Begründung) von den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast abweichen wollte.

(2) Hiernach hätte es der Beklagten obliegen, eine ordnungsgemäße Vollmacht vorlage zu beweisen, was bedeutet hätte, die Behauptung der Klägerin zu widerlegen, dass der gegenständlichen Kündigung nur die erste Seite der Prokuraerteilung gemäß Anlage B 2 (ohne die Unterschriften auf der zweiten Seite) beilag. Dies ist der Beklagten nicht zur Überzeugung des Senats gelungen.

Insoweit ist zunächst klarzustellen, dass der Senat keine Zweifel an der persönlichen Glaubwürdigkeit der vernommenen Zeugen hegt. Diese bemühten sich ersichtlich und geduldig, die während der länger dauernden Beweisaufnahme an sie herangetragenen Fragestellungen nach bestem Wissen zu erläutern. Allerdings verbleiben nach dem Inhalt ihrer Angaben erhebliche Zweifel daran, dass auch die zweite Seite der Prokuraerteilung an die Klägerin übergeben wurde.

Die Zeugin No. hatte nach dem Eindruck des Senats keine genaue Erinnerung mehr, welche Dokumente am 6.8.2019 an die Klägerin übergeben wurden, sondern bezog sich insoweit zunächst auf die Vorbereitung der Kündigung durch die Rechtsanwaltskanzlei L.; alle von dieser Kanzlei für erforderlich gehaltenen Dokumente seien übergeben worden; dies betreffe auch die Vollmacht, falls diese erforderlich gewesen sei. Die ungenaue Erinnerung der Zeugin wird auch dadurch dokumentiert, dass sie sich zunächst zu erinnern meinte (und dies erst auf Vorhalt berichtigte), Herr Z. habe die fraglichen Dokumente am 6.8.2019 in ihrem Beisein unterschrieben, obwohl Herr Z. die Unterschriften unstreitig am 1.8.2019 leistete und bei den Vorgängen am 6.8.2019 körperlich nicht anwesend war.

Der Zeuge M. war sich weder sicher, ob die übergebene Vollmacht zwei Unterschriften trug, noch ob sie eine zweite Seite hatte. Er habe sich die Vollmacht zwar durchaus angeschaut, aber nicht genauer.

Damit hat keiner der von den Beklagten benannten Zeugen die Übergabe beider Seiten der Vollmacht gemäß Anlage B 2 aus eigener Erinnerung bestätigen können. Hinzu kommt, dass die Vollmacht im Original nach Angaben der Zeugin No. zusammengeheftet gewesen sein soll, während das in den Besitz der Klägerin gelangte Exemplar bei dessen Inaugenscheinnahme durch den Senat keine Klammerspuren aufwies. Ferner hat der Zeuge M. angegeben, das Original der Vollmacht für seine Unterlagen kopiert zu haben. Aus Sicht des Senats besteht daher die reale, nicht nur theoretische Möglichkeit, dass die zweite Seite der Vollmacht (wenn diese nicht geklammert war, was jedenfalls nicht feststeht) im Zuge des Kopiervorgangs (oder anderweitig) von der ersten Seite räumlich getrennt wurde und deshalb nicht mit an die Klägerin übergeben wurde. Damit hat die Beklagte den Beweis einer ordnungsgemäßen Vollmachtvorlage nicht geführt.

cc) Die Zurückweisung erfolgte auch „unverzüglich“ im Sinne der genannten Vorschrift durch Anwaltsschreiben vom 12.8.2019 (Anlage K 9), zugegangen jedenfalls per Fax und Mail noch am selben Tag.

Das Merkmal der Unverzüglichkeit ist wie in § 121 BGB als „ohne schuldhaftes Zögern“ zu verstehen. Erforderlich ist also nicht eine sofortige Zurückweisung, dem Erklärungsempfänger ist eine gewisse Zeit zur Überlegung und zur Einholung von Rechtsrat einzuholen. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalles (BAG, Urteil vom 8.12.2011 – 6 AZR 354/10, Rz. 32). Hiernach wird eine Zurückweisung im Regelfall binnen einer Woche erfolgen müssen, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, etwa Nachforschungen zu den wirklichen Vertretungsverhältnissen erforderlich erscheinen (BAG, a.a.O. Rz. 33). Nach den Umständen des Einzelfalles kann aber auch eine Zurückweisung nach sechs Tagen nicht mehr unverzüglich sein (BGH, Urteil vom 10.10.2016 – XI ZR 457/16, Rz. 26).

Hier erfolgte die Zurückweisung der am 6.8.2019 übergebenen Kündigungserklärung am 12.8.2019, also nach sechs Tagen. Damit bewegt sich die Zurückweisung im Grenzbereich dessen, was noch als unverzüglich angesehen werden kann. Nach Auffassung des Senats kann unter den Umständen des Falles (überraschende Kündigung; unklare Vertretungsverhältnisse aufgrund der Konzernstruktur auf Beklagtenseite und der nicht eingetragenen Prokura; Beklagte [bzw. deren Alleingesellschafterin] hätte es in der Hand gehabt, die Problematik zu vermeiden, wenn sie durch den Geschäftsführer Z. und den eingetragenen Prokuristen Ni. gekündigt hätte, statt den Umweg über eine Prokuraerteilung an den Zeugen M. zu wählen, und hat so die unklare Vertretungslage selbst herbeigeführt) von einer verspäteten Zurückweisung noch nicht ausgegangen werden.

2. Damit steht der Klägerin für den streitgegenständlichen Zeitraum die vereinbarte monatliche Vergütung als Annahmeverzugsvergütung (§ 615 BGB) zu. Die Klägerin hat unwidersprochen vorgebracht, der Erstbeklagten ihre Dienste angeboten zu haben (vgl. auch Anlagen K 9, K 17). Auf einen anderweitigen Erwerb der Klägerin bzw. die Möglichkeit hierzu beruft sich die Beklagte nicht. Gegen die Berechnung des Landgerichts zur Höhe des monatlich geschuldeten Betrages bringt die Berufung der Beklagten nichts vor; Rechtsfehler sind insoweit auch nicht zu erkennen.

3. Die diesbezügliche Zinsentscheidung folgt aus §§ 286, 288 BGB. Nach Ziff. 3.1 des Dienstvertrages war die monatliche Vergütung am Monatsende auszuzahlen. Dies muss sinngemäß auch für die Annahmeverzugsvergütung gelten. Damit trat Verzug jeweils am Ersten des Folgemonats ein (§ 286 Abs, 2 Nr. 1 BGB).

II.

Nicht zu beanstanden ist auch, dass das Landgericht der Klägerin in der Hauptsache 1.390,58 € als Schadensersatz für die entgangene Nutzung des Dienstwagens zuerkannt hat. Klarzustellen ist, dass es sich entsprechend dem klägerischen Antrag (§ 308 ZPO) um einen Bruttobetrag handelt. Allerdings bedarf die diesbezügliche Zinsentscheidung der geringfügigen Korrektur.

1. Gemäß Ziff. 4.1 des Dienstvertrages zwischen den Parteien hatte die Klägerin Anspruch auf einen angemessenen Dienstwagen, den sich auch privat nutzen durfte. Dieser Anspruch bestand auch für die Monate März und April 2020, da das Dienstverhältnis zwischen den Parteien in diesen Monaten ungekündigt fortbestand (vgl. oben I.).

2. Nichts anderes folgt aus der Bestimmung in Ziff. 4.1 des Dienstvertrages, wonach der Dienstwagen bei Freistellung oder Abberufung der Klägerin ohne Anspruch auf finanziellen Ausgleich für die Privatnutzung herauszugeben war. Dahin stehen kann, ob diese Klausel einer Inhaltskontrolle standhalten würde, denn jedenfalls liegen ihre Voraussetzungen nicht vor. Die mit Anwaltsschreiben vom 16.8.2019 (Anlage K 10) übermittelte Abberufung / Freistellung der Klägerin erweist sich nämlich ebenfalls an unwirksam.

Die als Anlage zu dem genannten Anwaltsschreiben übermittelte Erklärung (der Alleingesellschafterin der Klägerin, die hierfür berufen war, § 46 Abs. 5 GmbHG) ist wiederum vom Geschäftsführer Z. und vom Prokuristen M. der U. Holding GmbH unterschrieben. Diese hatten wie dargestellt zusammen Vertretungsmacht für die Holding. Allerdings hat die Klägerin diese Erklärung ebenfalls nach § 174 BGB zurückgewiesen und damit deren Unwirksamkeit herbeigeführt.

Die Vorschrift war weiterhin anwendbar, da der Zeuge M. nach wie vor nicht als Prokurist ins Handelsregister eingetragen war (vgl. oben); seine Eintragung erfolgte erst am 11.10.2019. Eine Vollmachtsurkunde für Herrn M. war der Erklärung nicht beigelegt. Dies war auch nicht entbehrlich nach § 174 S. 2 BGB. Die Prokura für den Zeugen war nämlich nicht, jedenfalls nicht ordnungsgemäß gegenüber der Klägerin vorab kundgetan, weil nicht feststeht, dass am 6.8.2019 auch die zweite Seite des Schreibens gemäß Anlage B 4 an die Klägerin übergeben wurde (vgl. oben).

Die Zurückweisung der am 16.8.2019 mit Anwaltsschreiben K 10 übermittelten Erklärung durch Schreiben vom 22.8.2019 (Anlage K 17) erachtet der Senat selbst dann als unverzüglich, wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, dass die Erklärung bereits am Tag zuvor (15.8.2019) der Klägerin vorab in den Briefkasten geworfen wurde und damit bereits am 15.8.2019 zugeht. Dann liegen zwischen Zugang der Erklärung und deren Zurückweisung sieben Tage. Diese Frist erachtet der Senat unter den oben dargestellten Umständen des Einzelfalles noch für unverzüglich.

3. Damit hatte die Klägerin für die Monate März und April 2020 Anspruch auf private Nutzung des ihr überlassenen Dienstwagens. Weil sie den Wagen auf Veranlassung der Beklagten am 10.3.2020 zurückgab, ist ihr diese Privatnutzung durch ein der Beklagten zurechenbares Verhalten entgangen, die Beklagte hat mit anderen Worten der Klägerin eine Naturalleistung als Lohnbestandteil vorbehalten. Da die Privatnutzung für den fraglichen Zeitraum durch Zeitablauf unmöglich wurde, schuldet die Beklagte Schadensersatz für die entgangene Privatnutzung nach §§ 280, 283 BGB (also anteilig für März und voll für April 2020).

Gegen die Berechnung der Höhe des hiernach geschuldeten Betrages auf der Basis des steuerlichen Wertes der entgangenen Privatnutzung (§ 286 ZPO) erhebt die Berufung der Beklagten keine Einwendungen. Insoweit sind Rechtsfehler auch nicht erkennbar.

4. Die diesbezügliche Zinsentscheidung folgt aus §§ 286, 288 BGB. Eine kalendermäßige Bestimmtheit des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ist nicht ersichtlich; insbesondere folgt sie nicht aus der kalendermäßigen Bestimmtheit der monetären Vergütung in Ziff. 3.1 des Dienstvertrages. Damit

kam die Beklagte erst am 8.5.2020 aufgrund Mahnung gemäß Anlage K 18 zum 7.5.2020 in Verzug (§ 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB).

III. Erfolglos bleiben die Berufungen beider Parteien, soweit das Landgericht der Klägerin in der Hauptsache einen Betrag von 106.870,- € als Schadensersatz für die entgangene variable Vergütung betreffend das Kalenderjahr 2019 zuerkannt hat. Klarzustellen ist, dass es sich entsprechend dem klägerischen Antrag (§ 308 ZPO) um einen Bruttobetrag handelt. Lediglich die Zinsentscheidung bedurfte auf die Berufung der Beklagten einer geringfügigen Korrektur.

1. Der Senat teilt im Ergebnis die Einschätzung des Landgerichts, dass die Erstbeklagte der Klägerin dem Grunde nach Schadensersatz nach §§ 280, 283 BGB wegen Unmöglichwerdens einer Zielvereinbarung für das Kalenderjahr 2019 schuldet.

a) Der Berufung der Erstbeklagten ist zuzugeben, dass die Klägerin im Laufe des Jahres 2018 für das Jahr 2019 (entgegen der Auffassung des Landgerichts) keine Zielvereinbarung, sondern nur eine einseitig von der Beklagten zu machende Zielvorgabe verlangen konnte. Die Abgrenzung hat durch Auslegung des Dienstvertrages zu erfolgen. Nach dessen Ziff.3.2 S. 2 waren die Ziele von der Gesellschaft in Abstimmung mit dem Geschäftsführer festzulegen.

Diese Regelung ist für sich gesehen zunächst nicht eindeutig. Die vorgesehene Festlegung der Ziele durch die Beklagte spricht für einen einseitigen Akt, also eine Zielvorgabe, während das Erfordernis der Abstimmung mit der Klägerin eher einen zweiseitigen Akt, also eine Vereinbarung nahe legen würde.

Dass insoweit allerdings eine einseitige Vorgabe gemeint war, ergibt sich eindeutig aus S. 3 der Klausel, wonach eine Änderung der bestimmten Ziele während des laufenden Bonuszeitraums nur mit Zustimmung des Geschäftsführers möglich ist. Diese Regelung wäre überflüssig, wenn schon die ursprüngliche Zielbestimmung nach S. 2 nur durch Vereinbarung möglich wäre; denn es verstünde sich auch ohne S. 3 von selbst, dass eine einmal getroffene Vereinbarung nur durch erneute Vereinbarung geändert werden könnte. Dem S. 3 kommt ein eigenständiger Bedeutungsgehalt daher nur zu, wenn man S. 2 als Möglichkeit der Beklagten zur einseitigen Zielvorgabe (allerdings nach Abstimmung mit der Klägerin) interpretiert.

Da somit die Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis führt, kommt es auf die Zweifelsregelung des § 305c Abs. 2 BGB nicht an.

b) Eine den Anforderungen des Dienstvertrages entsprechende Zielvorgabe für das Jahr 2019 hat die Beklagte der Klägerin aber im Jahr 2018 nicht gemacht.

Die Zielvorgabe für 2019 gemäß Anlage K 16 erfolgte unstreitig erst im Laufe des Jahres 2019, also nicht wie vertraglich gefordert im Jahr 2018. Dass der Klägerin die schließlich in der Scorecard genannten Unternehmensziele (EBITDA, Conversion ratio) bereits im Jahr 2018 als Unternehmensziele von der Gesellschafterin oder einer anderen Konzerngesellschaft bekannt gemacht worden seien und sie Gelegenheit zur Diskussion dieser Unternehmensziele gehabt haben soll, rechtfertigt nicht die Annahme einer hinreichenden Zielvorgabe.

Nach Ziff. 3.2 S. 2 des Dienstvertrages waren die Ziele in Abstimmung mit der Klägerin vorzugeben. Hierfür genügt die Vorstellung allgemeiner Unternehmensziele nicht; vielmehr müssen diese konkret als persönliche Ziele für den Dienstverpflichteten benannt werden. Dies erhellt schon daraus, dass der Dienstvertrag zur Höhe des variablen Gehalts keine Aussage trifft. Zur „Abstimmung“ der Ziele im Sinne der genannten Regelung gehört daher jedenfalls, dass die Unternehmensziele für das Bonusjahr nicht nur abstrakt diskutiert, sondern konkret je nach Zielerreichungsgrad in Bezug zu den daraus

folgenden Verdienstmöglichkeiten der Klägerin gesetzt werden (wie dies schließlich auch – verspätet – mit K 16 geschehen ist). Die allgemeine Diskussion der Unternehmensziele ohne Bezug zu der zu erwartenden variablen Vergütung genügt daher zur „Abstimmung“ im Sinne der Vorschrift nicht.

c) Nach Ablauf des Jahres 2018 war eine einseitige Zielvorgabe für das Jahr 2019 nach den Regelungen des Dienstvertrages nicht mehr genügend; vielmehr hätten die Bonusziele für die Klägerin für das laufende Jahr 2019 nur noch im Wege einer Zielvereinbarung mit der Klägerin festgelegt werden können.

Die Beklagte schuldete die Vorgabe der Ziele für 2019 nach dem eindeutigen Wortlaut von Ziffer 3.2 S. 2 des Dienstvertrages „vor Beginn des Jahres, auf das sich das variable Jahresgehalt bezieht“, mithin im Jahr 2018. Mit dieser Verpflichtung kam die Beklagte somit nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit Ablauf des Jahres 2018 in Verzug (vgl. BAG, Urteil vom 12.7.2007 – 10 AZR 97/07, Rz. 17). Die Klägerin ist daher im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als hätte die Beklagte im Jahr 2018 eine Zielvorgabe (gleich welchen Inhalts) gemacht.

Das bedeutet, dass ab Beginn des Jahres 2019 für das laufende Jahr Ziffer 3.2 S. 3 des Dienstvertrages eingreift. Die nunmehrige Vorgabe von Zielen stellt sich als Änderung der (aufgrund des Verzuges der Beklagten zu unterstellenden, fiktiven) Vorgabe von Zielen im Jahr 2018 dar. Damit war nach Beginn des Jahres 2019 das Setzen von für die variable Jahresvergütung zu erreichenden Zielen nur mehr im Wege der zweiseitigen Zielvereinbarung möglich, die die Beklagte der Klägerin nunmehr aufgrund Ziffer 3.2 des Dienstvertrages auch schuldete.

d) Eine zweiseitige Zielvereinbarung kam im Laufe des Jahres 2019 zwischen den Parteien nicht zustande. Die „ScForecard“ vom 23.7.2019 (Anl. K 16) stellt eine einseitige Erklärung der Beklagten (bzw. der Konzernobergesellschaft; deren Erklärung muss sich die Beklagte aber zurechnen lassen) dar und könnte allenfalls als Angebot auf Abschluss einer Zielvereinbarung gedeutet werden; dass die Klägerin dieses Angebot angenommen hätte, ist nicht ersichtlich.

Mit Ablauf des Bonuszeitraums, also des Jahres 2019 wurden die Vereinbarung von Zielen und damit auch deren Erreichung unmöglich, so dass ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der entgangenen Vergütung aus §§ 280, 283 BGB entstand (vgl. BAG, Urteil vom 12.12.2007 – 10 AZR 97/07, Rz. 44 ff.; Urteil vom 17.12.2020 – 8 AZR 149/20, Rz. 46).

2. Die Bemessung der Höhe dieses Anspruchs auf 106.870,- € durch das Landgericht ist nicht zu beanstanden.

Die Bemessung des der Klägerin hiernach entgangenen Verdienstes erfolgt nach § 252 BGB. Abzustellen ist also auf dasjenige, was der Klägerin bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge zugeflossen wäre. Die von der Klägerin in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Urteile vom 12.12.2007 und 17.12.2020), wonach auf die Höhe des zugesagten Bonus abzustellen sei, besagen zu dieser Frage für den vorliegenden Fall unmittelbar nichts, weil in den a.a.O. zugrunde liegenden Sachverhalten die Höhe der variablen Vergütung dienstvertraglich geregelt war, wohingegen vorliegend Ziff. 3.2 des Dienstvertrages keine Aussage zur Höhe trifft und eine wirksame Vereinbarung von Voraussetzungen und Höhe der Vergütung gerade nicht zustande kam.

Der Senat geht daher zunächst davon aus, dass bei gewöhnlichem Verlauf der Dinge sich die Beklagte vertragsgemäß verhalten und rechtzeitig, also im Jahr 2018, der Klägerin erreichbare Ziele gesetzt hätte, die die Klägerin dann voll erreicht, also weder unter- noch übererfüllt hätte.

Unbehelflich ist hiernach der Einwand der Beklagten, es sei lebensfremd anzunehmen, dass die Beklagte bei früherer Vorgabe niedrigere Ziele als in der Scorecard vom Juli 2019 gesetzt hätte. Die in

der Scorecard gesetzten Ziele wurden vertragswidrig einseitig verspätet gesetzt und sind daher nicht maßgeblich. Bei der fiktiven Betrachtung nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge ist vielmehr davon auszugehen, dass erreichbare Ziele gesetzt worden wären. Die tatsächliche Nichterreichung der vertragswidrig gesetzten tatsächlichen Ziele ist hiernach nicht maßgeblich. Damit erledigt sich auch der Einwand der Beklagten gegen die Kausalität ihrer Unterlassung für den geltend gemachten Schaden. Umgekehrt kommt es auch nicht auf die Behauptung der Klägerin an, dass diese tatsächlich gesetzten Ziele nicht erreichbar waren.

Die Höhe der entgangenen Vergütung entnimmt der Senat der Scorecard gemäß Anlage K 16. Diese wurde zwar weder wirksam von der Beklagten einseitig festgesetzt noch wirksam zwischen den Parteien vereinbart. Auch kommt nicht unmittelbar § 315 BGB zur Anwendung, weil es nicht um die Festsetzung einer vertraglichen Leistung, sondern um Schadensersatz statt der Leistung geht. Maßstab hierfür ist der gewöhnliche Verlauf der Dinge (§ 252 BGB). Der Senat geht davon aus, dass hiernach bei rechtzeitiger Zielvorgabe oder wirksamer Zielvereinbarung jedenfalls keine niedrigeren Beträge als diejenigen festgelegt worden wären, die die Beklagte (bzw. die Konzernobergesellschaft) – wenn auch verspätet – von sich aus zugesagt hat.

Soweit die Beklagte in ihrer Zusage zwischen den Zielerreichungsstufen 95%, 100% und 105% differenziert, geht der Senat davon aus, dass gewöhnlich der Mittelwert dieser Zielerreichungsgrade, also eine Zielerreichung zu 100% zu erwarten war. Für die Darlegung eines höheren („außergewöhnlichen“) Zielerreichungsgrades von über 100% genügt nach Auffassung des Senats die Behauptung der Klägerin nicht, sie habe in der Vergangenheit stets den Höchstbonus erreicht, zumal – wie dem Senat aus anderen Verfahren bekannt ist – die Jahre 2018 und 2019 sich aufgrund Gesetzesänderungen in Branche der Klägerin als überdurchschnittlich schwierig darstellten. Umgekehrt lassen sich aber auch keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die Klägerin pflichtgemäß erreichbar gesetzte Ziele nur unterdurchschnittlich erreicht hätte.

Damit teilt der Senat im Ergebnis die Einschätzung des Landgerichts, dass der Klägerin als Schadensersatz der in der Scorecard gemäß Anlage K 16 für eine hundertprozentige Zielerreichung zugesagte Betrag von 106.870,- € zusteht.

3. Dieser Anspruch ist nicht wegen eines Mitverschuldens der Klägerin am Unmöglichwerden nach § 254 BGB zu kürzen.

Ein diesbezüglicher Mitverschuldenseinwand käme dann in Betracht, wenn auch die Klägerin zurechenbar einen Ursachenbeitrag für die unterbliebene Zielvereinbarung gesetzt hätte. Das wäre dann der Fall, wenn nicht nur der Beklagten, sondern auch der Klägerin die Initiativlast für das Zustandekommen einer Zielvereinbarung oblegen hätte (BAG v. 17.12.2020, a.a.O. Rz. 60 ff.). Hiervon ist jedoch vorliegend nicht auszugehen. Nach den obigen Ausführungen war eine Zielvereinbarung nur deshalb geschuldet, weil die Beklagte es pflichtwidrig unterlassen hatte, rechtzeitig eine einseitige Zielvorgabe zu machen. Es oblag daher nunmehr allein der Beklagten, die Folgen ihres diesbezüglichen Verzugs (vgl. oben) zu beseitigen; es war daher zumindest unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB allein die Sache der Beklagten, auf die Klägerin zum Zwecke der Vereinbarung von Zielen für das laufende Jahr 2019 zuzugehen. Dass die Klägerin diesbezüglich nicht ihrerseits aktiv wurde, kann ihr hiernach nicht zum Mitverschulden gereichen.

4. Der Anspruch besteht für das gesamte Kalenderjahr; eine anteilige Kürzung im Hinblick auf die Abberufung der Klägerin am 16.8.2019 kam nicht in Betracht. Der Dienstvertrag zwischen den Parteien bestand während des gesamten Jahres 2019. Zwar regelt Ziff. 3.2 des Dienstvertrages zwischen den Parteien, dass der Klägerin variable Vergütung nur „während der Dauer der Bestellung“ als Geschäftsführerin zusteht. Diese Einschränkung erachtet der Senat jedoch für unwirksam nach § 307 Abs. 1, 2 BGB.

Zwischen den Parteien steht nicht in Streit, dass es sich bei der Regelung der Ziff. 3.2 des Dienstvertrages um eine von der Beklagten zu 1 gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handelt. Dies könnte auch nicht ernsthaft bezweifelt werden, weil die identische Klausel auch im Dienstvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 (Anlage K 13) verwendet wird, die Absicht der mehrfachen Verwendung im Konzern der Beklagten also offenkundig ist.

Die Beschränkung der zugesagten variablen Vergütung auf die Dauer der Bestellung zum Geschäftsführer verstößt gegen den in § 38 Abs. 1 GmbH verkörperten Grundgedanken des GmbH-Rechts, wonach ein Geschäftsführer zwar jederzeit abberufen werden kann, die Abberufung als solche aber keinen Einfluss auf seinen Vergütungsanspruch hat. Die der Klägerin zugesagte variable Vergütung ist zweifellos Vergütungsbestandteil in diesem Sinne.

Dem kann die Beklagte nicht entgegenhalten, dass mit der Abberufung des Geschäftsführers regelmäßig – wie auch im vorliegenden Fall – seine Freistellung verbunden werden wird. Denn dies kommt in der gegenständlichen Klausel nicht zum Ausdruck. Auf der Basis der Vertragsklausel wäre es möglich, den Geschäftsführer zwar als Organ abuberufen, ihn aber nicht von seinen dienstvertraglichen Pflichten freizustellen, ihn also unter Verzicht auf die zugesagte variable Vergütung weiterarbeiten zu lassen. Diese Möglichkeit begründet eine unangemessene Benachteiligung des Geschäftsführers.

Dass die genannte Konstellation im vorliegenden Fall nicht eintreten konnte, weil die Beklagte die Klägerin (jedenfalls faktisch, wenn auch im Ergebnis unwirksam, vgl. oben) von der Dienstpflicht freigestellt hat, schließt die Benachteiligungswirkung der Klausel nicht aus. Eine geltungserhaltende Reduktion unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nicht möglich (§ 306 Abs. 1, 2 BGB). Es kann daher offen bleiben, ob der formularmäßige Ausschluss des Anspruchs auf variable Vergütung für den Fall der Abberufung und gleichzeitigen Freistellung des Geschäftsführers möglich wäre.

5. Die Zinsentscheidung folgt aus §§ 286, 288 BGB. Eine kalendermäßige Bestimmtheit des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ist nicht ersichtlich. Damit trat Verzug der Beklagten mit diesem Teil der Klageforderung erst am 8.5.2020 aufgrund Mahnung gemäß Anlage K 18 zum 7.5.2020 ein (§ 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB).

C.

Für den Streitwert des Berufungsverfahrens waren die Werte der Berufungen gegen die Beklagte zu 1 und gegen die Beklagte zu 2 für die Zeit bis zur teilweisen Berufungsrücknahme zusammenzurechnen (§ 45 Abs. 1 S. 2 BGB). Denn ohne die Rücknahme der Berufung gegen die Beklagte zu 2 wäre über diese (durch Verwerfung als unzulässig; insofern war die Klägerin nicht beschwert, weil das Landgericht über die Forderung gegen die Beklagte zu 2 nicht entschieden hat, statt sie als unzulässig wegen bedingter Klageerhebung abzuweisen; es lag ein Fall der eventuellen Klagehäufung vor, vgl. BGH, Urteil vom 5.8.1972 – II ZR 28/69, Rz. 28; BAG, Urteil vom 31.3.1997 – 8 AZR 729/96, Rz. 36) zu entscheiden gewesen. Der Streitwert war folglich gestaffelt festzusetzen. – Bei der Streitwertfestsetzung erster Instanz hatte es zu verbleiben, weil dort jedenfalls keine Entscheidung über den Hilfsantrag erging.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 92, 97, 516 Abs. 3 ZPO. Dabei war zu berücksichtigen, dass die Beklagte zu 1 am Verfahren nur mit einem Wert von 282.084,28 € und die Beklagte zu 2 nur mit einem Wert von 263.377,62 € beteiligt war.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Zu würdigen waren vielmehr die Umstände des Einzelfalles.

Entscheidung 3 - BGH Beschluss vom 21.2.2023 – II ZB 12/21

Abfindung und Ausgleich von Aktionären auf Grundlage des Börsenwerts

Tenor:

Die Rechtsbeschwerde der Antragsteller zu 41, 43 und 70 gegen den Beschluss des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. April 2021 wird zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens trägt die Antragsgegnerin. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Der Geschäftswert wird festgesetzt auf 200.000 €.

Gründe:

I.

Die Antragsteller waren Aktionäre der W. aktiengesellschaft (im Folgenden: W. AG). Unternehmensgegenstand der W. AG war der Erwerb und die Verwaltung von in- und ausländischen Immobilien und Immobiliengesellschaften. Die Aktien der W. AG wurden im regulierten Markt der Frankfurter Börse (Prime Standard) sowie an den Börsen in Stuttgart und Hamburg gehandelt.

Die Antragsgegnerin ist die T. AG (im Folgenden: T. AG). Ihr Unternehmensgegenstand ist das Betreiben von Immobiliengeschäften und damit zusammenhängenden Geschäfte. Ihre Aktien waren zum Handel im regulierten Markt der Frankfurter Börse (Prime Standard) zugelassen und gehörten unter anderem dem SDAX, dem EPRA/NAREIT Global, dem EPRA/NAREIT Europe und dem EOR/NAREIT Germany an.

Am 10. Mai 2017 beschlossen der Vorstand und der Aufsichtsrat der Antragsgegnerin, den Aktionären der W. AG ein freiwilliges Übernahmeangebot über jeweils 23 Aktien der W. AG im Tausch gegen 4 Aktien der T. AG zu unterbreiten. Der von der BaFin nach § 31 Abs. 1, 7 WpÜG i.V.m. § 5 WpÜG-AV berechnete gültige Mindestpreis der Aktie betrug für drei Monate vor dem 10. Mai 2017 für die W. AG 3,03 € und für die Antragsgegnerin 18,13 €. Das Angebot wurde am 27. Juni 2017 veröffentlicht. Bis zum Ablauf der bis zum 26. September 2017 verlängerten Annahmefrist nahmen Aktionäre mit einer Beteiligung in Höhe von 85,89% des Grundkapitals der W. AG das Angebot an.

Am 29. September 2017 gaben die W. AG und die Antragsgegnerin ihre Absicht bekannt, einen Beherrschungsvertrag mit der W. AG als beherrschter und der Antragsgegnerin als herrschender Gesellschaft zu schließen. Der Vertrag wurde am 6. Oktober 2017 auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Der von der BaFin nach § 31 Abs. 1, 7 WpÜG i.V.m. § 5 WpÜG-AV berechnete gültige Mindestpreis der Aktie betrug für drei Monate vor dem 29. September 2017 für die W. AG 3,20 € und für die Antragsgegnerin 18,37 €. Der umsatzgewichtete Börsenkurs auf Grundlage der von S & P Capital IQ veröffentlichten Börsenumsätze für diesen Zeitraum betrug für die W. AG 3,21 € und für die Antragsgegnerin 18,36 €.

Zur Festsetzung der Höhe der angemessenen Kompensation der außenstehenden Aktionäre in dem Beherrschungsvertrag bedienten sich die W. AG und die Antragsgegnerin einer gutachterlichen Stellungnahme von V. (im Folgenden: Bewertungsgutachten), die aufgrund der nach IDW S. 1 2008 errechneten anteiligen Ertragswerte für die W. AG von 3,40 € und für die Antragsgegnerin von 20,58 € ein Umtauschverhältnis im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 AktG von 23 Aktien der W. AG zu 4 Aktien der Antragsgegnerin ermittelte. Als angemessenen festen Ausgleich der außenstehenden Aktionäre im

Sinne des § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG bestimmte das Bewertungsgutachten 0,11 € netto bzw. 0,13 € brutto je Aktie. Die nach § 293b Abs. 1 AktG vom Landgericht bestellte Vertragsprüferin B. GmbH (im Folgenden: Vertragsprüferin) bestätigte das Umtauschverhältnis.

Dem Beherrschungsvertrag mit der entsprechenden Abfindung und dem entsprechenden Ausgleich stimmten die Aktionäre der W. AG am 17. November 2017 und die Aktionäre der Antragsgegnerin am 22. November 2017 zu.

Die Antragsteller leiteten neben anderen außenstehenden Aktionären zur gerichtlichen Überprüfung der Angemessenheit von Abfindung und Ausgleich ein Spruchverfahren mit den Anträgen ein, eine höhere Abfindung und einen höheren Ausgleich festzusetzen. Das Landgericht hat die Anträge zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen, mit der die Antragsteller ihre Anträge weiterverfolgen.

II.

Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist nach § 17 Abs. 1 SpruchG, §§ 1, 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist aber unbegründet.

1. Das Beschwerdegericht (OLG Frankfurt am Main, ZIP 2021, 1434 ff.) hat die Kompensation der Antragsteller als angemessen eingestuft und seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

a) Für die Festsetzung der Abfindung der außenstehenden Aktionäre nach § 305 AktG habe das Landgericht auf den Börsenwert der Gesellschaften abstellen dürfen, weil dieser sich vorliegend eigne, den Wert der Beteiligung abzubilden. Das Gericht sei nicht an das von den Vertragspartnern angewandte Ertragswertverfahren bzw. an die Methodenwahl im Übertragungsbericht und im Prüfbericht gebunden. Die vom Gericht insoweit in freier, tatrichterlicher Entscheidung zur eigenen Schätzung herangezogene Methode müsse eine tragfähige Grundlage für eine Schätzung darstellen. Tragfähigkeit sei gegeben, wenn es sich um eine geeignete und aussagekräftige, aber sowohl aus verfassungsrechtlicher als auch aus einfachrechtlicher Sicht nicht notwendigerweise bestmögliche Grundlage handle. Dies bedeute, dass die zur Anwendung gebrachte Methode in der Wirtschaftswissenschaft oder Betriebswirtschaftslehre anerkannt und in der Praxis gebräuchlich sein müsse. Hieran gemessen könne der Wert der Unternehmen grundsätzlich unter Rückgriff auf die jeweiligen Börsenkurse ermittelt werden, wobei der Wert des Unternehmens sich aus dem Produkt des jeweiligen Börsenkurses und der Anzahl aller Aktien der Gesellschaft ergebe. Unzutreffend sei die Ansicht der Antragsteller, der Börsenkurs scheide aus verfassungsrechtlicher Sicht als Grundlage für eine Schätzung des Unternehmenswerts aus und könne nur eine Untergrenze der Abfindung darstellen. Eine Einschränkung der Methodenwahl anhand einer Meistbegünstigung der Aktionäre sei abzulehnen.

Hier seien die Börsenkurse beider Gesellschaften zur Bestimmung des Verhältnisses der Unternehmenswerte geeignet. Wegen der mit einer fundamental-analytischen Bewertung verbundenen Schwierigkeiten und Unsicherheiten seien die Unternehmenswerte beider Gesellschaften daher anhand deren Börsenwerte zu schätzen. Dabei beruhe die Ermittlung anhand der Börsenwerte auf der begründeten Einschätzung, dass die Marktteilnehmer auf der Grundlage der ihnen zur Verfügung gestellten Informationen und Informationsmöglichkeiten die Ertragskraft des Unternehmens, um dessen Aktien es gehe, zutreffend bewertet hätten und sich die Marktbewertung im Börsenkurs der Aktien niedergeschlagen habe. Von der Möglichkeit einer solchen effektiven Informationsbewertung könne ausgegangen werden, so dass der Börsenkurs eine verlässliche Aussage über den Verkehrswert der Unternehmensbeteiligung erlaube.

b) Den Ausgleich habe das Landgericht zu Recht als angemessen angesehen und sich dabei am Börsenwert der W. AG orientiert. Für die Ableitung des Ausgleichs nach § 304 AktG könne ebenfalls auf die Börsenkurse der Gesellschaften zurückgegriffen werden, da es eine zwingende methodische Vorgabe nicht gebe und die Methodenwahl auch insoweit dem tatrichterlichen Ermessen überlassen sei. Dem stehe die detaillierte Regelung des § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG nicht entgegen. Daraus folge keine zwingende methodische Vorgabe seitens des Gesetzgebers zur Unternehmenswertermittlung, sondern lediglich eine ggf. auch auf anderem Weg zu ermittelnde Anforderung an die Mindesthöhe des Ausgleichs. Hierfür spreche bereits der Wortlaut der Vorschrift. Auch die Gesetzesbegründung biete keinen Anhalt für eine zwingende Methodenvorgabe. Zudem spreche die Systematik der Vorschrift für ein solches Verständnis. Es wäre kaum nachvollziehbar, methodische Vorgaben für die Ermittlung der Ausgleichszahlung nach § 304 AktG zu machen, diese dann aber nicht auch auf die Ermittlung der Abfindung nach § 305 AktG anzuwenden. Viel näher liege ein Gleichlauf der in § 304 AktG und § 305 AktG zugelassenen Methoden. Schließlich spreche die Wahrung der Prozessökonomie für dieses Verständnis der Vorschrift. Hätte eine Ermittlung des angemessenen Ausgleichs zwingend anhand des Ertragswerts der Gesellschaft zu erfolgen, wären weitere ebenso kostenintensive wie Zeit in Anspruch nehmende Ermittlungen zur Schätzung des Werts der Gesellschaft erforderlich, obgleich dem erkennenden Gericht bereits eine geeignete Schätzgrundlage zur Verfügung stehe.

2. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hält der rechtlichen Prüfung stand. Das Beschwerdegericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass die Abfindung der außenstehenden Aktionäre im Sinne des § 305 Abs. 3 Satz 1 AktG in Höhe von 23 Aktien der W. AG zu 4 Aktien der Antragsgegnerin und die Festlegung des Ausgleichs der außenstehenden Aktionäre nach § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG auf 0,11 € netto bzw. 0,13 € brutto je Aktie angemessen sind.

a) Die Angemessenheit der Abfindung der außenstehenden Aktionäre im Sinne des § 305 AktG kann anhand des Börsenwerts der Gesellschaft bestimmt werden. Im Fall der Abfindung in Aktien nach § 305 Abs. 3 Satz 1 AktG kann dazu die Wertrelation zwischen den beteiligten Gesellschaften anhand ihrer Börsenkurse ermittelt werden.

Das Beschwerdegericht hat die Unternehmenswerte der W. AG und der Antragsgegnerin nach dem Börsenwert bestimmt und zutreffend auf den Durchschnittskurs innerhalb eines Referenzzeitraums von drei Monaten vor dem Stichtag der Bekanntmachung der Strukturmaßnahme am 29. September 2017 abgestellt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juli 2010 – II ZB 18/09, BGHZ 187, 229 Rn. 10 – STOLLWERCK; Beschluss vom 28. Juni 2011 – II ZB 2/10, ZIP 2011, 1708 Rn. 8).

aa) Es ist eine Rechtsfrage, ob eine vom Tatrichter gewählte Bewertungsmethode oder ein innerhalb der Bewertungsmethode gewähltes Berechnungsverfahren den gesetzlichen Bewertungszielen widerspricht, wohingegen die Frage, welche der Bewertungsmethoden im Einzelfall den Wert der Unternehmensbeteiligung zutreffend abbildet, Teil der tatsächlichen Würdigung des Sachverhalts ist und sich nach der wirtschafts- oder betriebswissenschaftlichen Bewertungstheorie und Praxis beurteilt (vgl. BGH, Urteil vom 13. März 1978 – II ZR 142/76, NJW 1978, 1316, 1319; Urteil vom 7. Mai 1986 – IVb 42/85, NJW-RR 1986, 1066, 1068; Urteil vom 13. März 2006 – II ZR 295/04, ZIP 2006, 851 Rn. 13; Beschluss vom 6. November 2013 – XII ZB 434/12, NJW 2014, 294 Rn. 34; Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 12, 33; Beschluss vom 15. September 2020 – II ZB 6/20, BGHZ 227, 137 Rn. 13). Die Wahl, welche von mehreren im konkreten Fall zulässigen Berechnungsweisen am besten geeignet ist, den Unternehmenswert abzubilden, obliegt als Teil der Tatsachenfeststellung dem Tatrichter. Da jede Wertermittlung mit zahlreichen Prognosen, Schätzungen und methodischen Einzelentscheidungen verbunden ist, die jeweils nicht auf Richtigkeit, sondern nur auf Vertretbarkeit gerichtlich überprüfbar sind, kann keine Bewertungsmethode den Wert der Unternehmensbeteiligung exakt berechnen. Vielmehr kann jede Methode nur rechnerische Ergebnisse liefern, die Grundlage und Anhaltspunkt für die Schätzung des Gerichts nach § 287 Abs. 2,

1 ZPO bilden (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 13, 34; Beschluss vom 15. September 2020 – II ZB 6/20, BGHZ 227, 137 Rn. 20).

bb) Der Rückgriff auf den Börsenkurs eines Unternehmens kann eine geeignete Methode zur Schätzung des Unternehmenswerts und des Werts der Beteiligung des außenstehenden Aktionärs im Rahmen des § 305 AktG sein.

(1) Die Abfindung der außenstehenden Aktionäre muss im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz den vollen Wert der Beteiligung an der Gesellschaft ersetzen (BVerfGE 100, 289, 305; BVerfG, ZIP 2011, 1051 Rn. 21; NZG 2012, 907 Rn. 17; NZG 2012, 1035, 1036; BGH, Beschluss vom 12. März 2001 – II ZB 15/00, BGHZ 147, 108, 115). Das setzt voraus, dass der „wahre“ Wert der Unternehmensbeteiligung an dem arbeitenden Unternehmen unter Einschluss der stillen Reserven und des inneren Geschäftswerts bestimmt wird (BVerfGE 100, 289, 306), wobei sicherzustellen ist, dass die Aktionäre jedenfalls nicht weniger erhalten, als sie bei einer freien Deinvestitionsentscheidung zum Zeitpunkt der Maßnahme erhalten hätten (vgl. BVerfG, ZIP 2011, 1051 Rn. 21). Die Bestimmung des Werts erfolgt im Wege einer Schätzung nach § 287 Abs. 2, 1 ZPO (BGH, Beschluss vom 12. März 2001 – II ZB 15/00, BGHZ 147, 108, 116; Beschluss vom 15. September 2020 – II ZB 6/20, BGHZ 227, 137 Rn. 20). Bewertungsobjekt ist die Unternehmensbeteiligung des Aktionärs und nicht das Unternehmen, wobei weder das Verfassungsrecht noch das einfache Recht eine Bewertungsmethode vorgeben (BVerfGE 100, 289, 307 f.; BVerfG, ZIP 2011, 1051 Rn. 23; ZIP 2012, 1408 Rn. 18, ZIP 2012, 1656 Rn. 29). Bewertungsmethoden sind keine Rechtsnormen und ähneln ihnen nicht, so dass das Gericht hieran nicht gebunden ist. Erst recht gilt dies für von der Wirtschaftswissenschaft oder der Wirtschaftsprüferpraxis entwickelte Berechnungsweisen, selbst wenn sie als „Bewertungsstandards“, wie die Empfehlungen des Fachausschusses für Unternehmensbewertung und Betriebswirtschaft des IDW (FAUB) oder der IDW Standard, schriftlich festgehalten sind (BGH, Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 13, 45). Eine marktorientierte Bewertung einer Unternehmensbeteiligung auf Grundlage des Börsenkurses des Unternehmens steht, genauso wie die Schätzung auf Grundlage der Ertragswertmethode, des Discounted-Cash-flow-Verfahrens (BGH, Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 33) und ausnahmsweise des Liquidationswerts (BGH, Urteil vom 13. März 2006 – II ZR 295/04, ZIP 2006, 851 Rn. 13), als Methode mit Art. 14 GG in Einklang (BVerfG, ZIP 2011, 1051 Rn. 24 f.; BGH, Beschluss vom 12. Januar 2016 – II ZB 25/14, BGHZ 208, 265 Rn. 23; Beschluss vom 15. September 2020 – II ZB 6/20, BGHZ 227, 137 Rn. 20). Eine Methode scheidet nur aus, wenn sie aufgrund der Umstände des konkreten Falls nicht geeignet ist, den „wahren“ Wert abzubilden (BVerfGE 100, 289, 307; BGH, Beschluss vom 12. Januar 2016 – II ZB 25/14, BGHZ 208, 265 Rn. 22 f.; Beschluss vom 15. September 2020 – II ZB 6/20, BGHZ 227, 137 Rn. 20).

(2) Die marktorientierte Methode der Heranziehung des Börsenwerts einer Gesellschaft ist grundsätzlich als Grundlage für die Schätzung des Werts einer Beteiligung an dieser Gesellschaft geeignet. Auch bei der Ermittlung des Unternehmenswerts anhand des Börsenwerts wird der Wert eines Anteils nicht unabhängig vom Wert des Unternehmens bestimmt. Denn die Berücksichtigung des Börsenwerts beruht auf der Annahme, dass die Marktteilnehmer auf der Grundlage der ihnen zur Verfügung gestellten Informationen und Informationsmöglichkeiten die Ertragskraft des Unternehmens, um dessen Aktien es geht, zutreffend bewerten und sich die Marktbewertung im Börsenkurs der Aktien niederschlägt (BGH, Beschluss vom 12. März 2001 – II ZB 15/00, BGHZ 147, 108, 116; Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 33; Beschluss vom 12. Januar 2016 – II ZB 25/14, BGHZ 208, 265 Rn. 23; Beschluss vom 15. September 2020 – II ZB 6/20, BGHZ 227, 137 Rn. 20). Voraussetzung der Bestimmung des Werts einer Unternehmensbeteiligung nach dem Börsenwert ist dabei nicht, dass der Kapitalmarkt in Bezug auf die Anteile streng allokatons- und informationseffizient ist, also ein Zustand perfekten Wettbewerbs herrscht und alle prinzipiell zugänglichen öffentlichen und nichtöffentlichen Informationen korrekt in den Kursen verarbeitet sind (aA Fachausschuss für Unternehmensbewertung und Betriebswirtschaft des IDW [FAUB], AG 2021,

588 f.; Ruthardt/Popp, AG 2020, 240, 244). Nur wenn im konkreten Fall von der Möglichkeit einer effektiven Informationsbewertung durch die Marktteilnehmer nicht ausgegangen werden kann, so dass der Börsenkurs keine verlässliche Aussage über den Verkehrswert der Unternehmensbeteiligung erlaubt, kann der Anteilswert nicht unter Rückgriff auf den Börsenkurs ermittelt werden (BGH, Beschluss vom 12. März 2001 – II ZB 15/00, BGHZ 147, 108, 115; Beschluss vom 12. Januar 2016 – II ZB 25/14, BGHZ 208, 265 Rn. 23).

cc) Rechtsfehlerfrei hat nach diesen Grundsätzen das Beschwerdegericht die Angemessenheit der vereinbarten Abfindung der außenstehenden Aktionäre der W. AG anhand der Börsenkurse beider Gesellschaften überprüft. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde bleiben ohne Erfolg. Einen Rechtsfehler bei der Überzeugungsbildung zeigt die Rechtsbeschwerde mit ihren Rügen der Verletzung von § 287 ZPO und Art. 14 GG nicht auf, sondern versucht damit lediglich, die vom Tatrichter gewählte marktorientierte Bewertungsmethode durch die von ihr für besser geeignet gehaltene Ertragswertmethode zu ersetzen.

(1) Entgegen der Rüge der Rechtsbeschwerde musste sich das Beschwerdegericht bei der Auswahl der Bewertungsmethode nicht sachverständig beraten lassen. Das Beschwerdegericht konnte ohne sachverständige Hilfe entscheiden und hat seine eigene besondere Sachkunde durch seine Ausführungen in den Gründen dargelegt, ob die in der Rechtsprechung und im Schrifttum anerkannte marktorientierte Bewertungsmethode generell und unter den Umständen des vorliegenden Falls zur Ermittlung der Unternehmenswerte geeignet war. Das Beschwerdegericht hat seiner Entscheidung die zutreffenden Maßstäbe für die Prüfung der Geeignetheit der von ihm gewählten Bewertungsmethode zugrunde gelegt und darüber hinaus die gegen die generelle Geeignetheit der marktorientierten Bewertungsmethode vorgebrachten Bedenken der Antragsteller geprüft und mit rechtsfehlerfreier Begründung nicht für durchgreifend erachtet.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus der von der Rechtsbeschwerde angeführten Rechtsprechung zur sachverständigen Beratung des Tatrichters bei der Auswahl des Bewertungsverfahrens und bei der Beurteilung der Bewertung (BGH, Beschluss vom 6. November 2012 – XII ZB 434/12, NJW 2014, 294 Rn. 37; OLG Frankfurt, AG 2015, 504, 505; ZIP 2016, 716, 719). Den von der Rechtsbeschwerde zitierten Entscheidungen ist gemein, dass der Tatrichter dort jeweils sachverständig beraten war. Zu den Voraussetzungen für die Einholung eines Sachverständigengutachtens verhalten sich diese Entscheidungen indes nicht. Nichts anderes folgt aus dem von der Rechtsbeschwerde angeführten Umstand, dass bei gerichtlichen Unternehmensbewertungen die sachverständige Unterstützung der Regelfall sei (Hüttemann in Fleischer/Hüttemann, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Rn. 13.15; Paulsen, WPg 2007, 823).

(2) Das Beschwerdegericht konnte, entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde, von der im Bewertungsgutachten und von der Vertragsprüferin verwendeten Ertragswertmethode als Bewertungsmethode für den Unternehmenswert der W. AG und der Antragsgegnerin zu Gunsten der marktorientierten Bewertungsmethode anhand der Börsenkurse beider Gesellschaften abweichen.

Eine Bindung des Tatrichters, dem die Methodenwahl im Spruchverfahren obliegt, an die vom Abfindungspflichtigen zugrunde gelegte Bewertungsmethode besteht nicht. Der Abfindungspflichtige darf auch nicht berechtigt darauf vertrauen, dass das Gericht im Spruchverfahren die von ihm dem Abfindungsangebot zugrunde gelegte Methode beibehält (BGH, Beschluss vom 12. März 2001 – II ZB 15/00, BGHZ 147, 108, 124; Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 34, 36). Auch die außenstehenden Aktionäre bzw. die Minderheitsaktionäre dürfen nicht berechtigt darauf vertrauen, dass die Abfindung im Spruchverfahren durch das Gericht nach der vom Abfindungspflichtigen seinem Abfindungsangebot zugrundeliegenden Berechnungsweise ermittelt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 37). Ein Schutz der Abfindungsberechtigten besteht allein darin, dass sie vor negativen Folgen der Auswahl einer

anderen Bewertungsmethode dadurch geschützt werden, dass das Gericht keine Abfindung unter der vom Abfindungspflichtigen angebotenen Abfindung festsetzen kann (BGH, Urteil vom 18. Oktober 2010 – II ZR 270/08, ZIP 2010, 2289 Rn. 12; Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 37).

Soweit die Rechtsbeschwerde moniert, das Beschwerdegericht hätte eine eigene überlegene Sachkunde gerade in Abgrenzung zu dem Bewertungsgutachten und der Vertragsprüferin nachweisen müssen, übergeht sie, dass die Auswahl der Methode der Bewertung vorliegend nicht Gegenstand der sachverständigen Prüfung war. In dem Bewertungsgutachten (S. 10) wurde ein objektivierter Unternehmenswert nach dem Standard IDW S. 1 „antragsgemäß“ ermittelt. Eine Auseinandersetzung mit anderen möglichen Methoden der Unternehmensbewertung erfolgte dort nicht (S. 66). Auch die Vertragsprüferin hat keine eigene Bewertung vorgenommen, sondern geprüft, ob die in dem Bewertungsgutachten aufgearbeiteten Methoden den Grundsätzen zur Durchführung von Unternehmensbewertungen entsprechen, ob Daten fachgerecht abgeleitet wurden und ob Zukunftseinschätzungen plausibel erscheinen (Prüfbericht S. 14). Eine Bewertung anhand der Börsenkurse hat die Vertragsprüferin nicht speziell unter den Umständen des vorliegenden Falls für ungeeignet gehalten, sondern sie deshalb nicht angestellt, weil nach dem IDW S. 1, der ihre Arbeitsvorgabe war, der Börsenkurs nicht als ausschließliches Maß zur Bestimmung des Unternehmenswerts empfohlen wird (vgl. Sitzungsprotokoll vom 26. März 2021, S. 5 Abs. 4). Die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass das Beschwerdegericht bei seinen Erwägungen, mit denen es die Börsenkurse der beiden Gesellschaften gerade auch im hier zu untersuchenden Einzelfall als geeignet angesehen hat, trichterliche Feststellungen getroffen hätte, die eine ihm fehlende besondere Sachkunde offenbaren oder die Einholung eines Sachverständigengutachtens erfordert hätten.

(3) Ebenso führt die Rüge der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht habe einen „Methodenpluralismus“ gewählt, nicht zum Erfolg. Das Beschwerdegericht hat vielmehr unter Zugrundelegung der Börsenwerte beider Unternehmen ein Wertverhältnis von 5,74 errechnet und die Abweichung von unter einem Prozent zu dem aus dem Umtauschverhältnis 4:23 errechneten Wertverhältnis von 5,75 auf Grundlage einer sog. Bagatellrechtsprechung (OLG Frankfurt, Beschluss vom 26. Januar 2015 – 21 W 26/13, juris Rn. 80 ff. mwN) als Schätzungenauigkeit der jeweiligen Unternehmenswerte und deshalb nicht ausgleichspflichtig eingestuft. Einen Verstoß der Anwendung der Bagatellrechtsprechung gegen die verfassungsrechtliche Vorgabe, dass der Börsenkurs regelmäßig die Untergrenze der Abfindung darstellen müsse (BVerfGE 100, 298, 308), hat das Beschwerdegericht verneint, weil es keine verfassungsrechtliche Vorgabe zu dem Verhältnis der Börsenwerte beider Gesellschaften gebe.

Dieser Begründung tritt die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg mit der Rüge entgegen, das Beschwerdegericht habe damit einen Methodenpluralismus gewählt, der abzulehnen sei, da für die beherrschte Gesellschaft der Börsenkurs maßgeblich sein solle, für die herrschende Gesellschaft hingegen eine fundamentalanalytische Bewertung, was nicht mit Sinn und Zweck des § 305 AktG und dem Gebot, einen vollen Ausgleich gemäß Art. 14 Abs. 1 GG zu gewähren, in Einklang stehe. Die Rechtsbeschwerde verkennt dabei, dass das Beschwerdegericht zur Ermittlung des angemessenen Umtauschverhältnisses die Börsenwerte beider Unternehmen zueinander ins Verhältnis gesetzt und allein in Bezug auf die verfassungsrechtlich vorgegebene Untergrenze des Börsenwerts und die Frage, inwieweit diese Untergrenze der Anwendung der Bagatellrechtsprechung entgegensteht, es als ausreichend angesehen hat, dass nur die beherrschte Gesellschaft mit mindestens ihrem Börsenwert Eingang in das zu überprüfende Umtauschverhältnis gefunden hat. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, welches es nicht als verfassungsrechtlich geboten angesehen hat, einen etwa existierenden Börsenwert der herrschenden Gesellschaft oder der Hauptgesellschaft als Obergrenze der Bewertung dieser Gesellschaft heranzuziehen, weil das grundrechtlich geschützte Aktieneigentum des abfindungsberechtigten Aktionärs diesem keinen

Anspruch darauf vermittelt, Aktien der herrschenden Gesellschaft zu (höchstens) dem Börsenkurs zu erhalten (BVerfGE 100, 289, 310; BVerfG, ZIP 2011, 170 Rn. 10).

(4) Das Beschwerdegericht musste entgegen der Rechtsbeschwerde keinen förmlichen Hinweis an die Parteien dahin erteilen, dass es infolge eigener Sachkunde kein Sachverständigengutachten für seine Methodenwahl zu Gunsten der marktorientierten Bewertung einholen werde. Der Hinweis des Gerichts auf die Inanspruchnahme eigener Sachkunde verfolgt den Zweck, den Prozessbeteiligten sein beabsichtigtes Vorgehen vor Augen zu führen und ihnen insofern die Möglichkeit zur Reaktion zu geben (BGH, Urteil vom 6. November 1984 – VI ZR 26/83, VersR 1985, 86; Beschluss vom 13. Januar 2015 – VI ZR 204/14, VersR 2015, 472 Rn. 5 mwN; Beschluss vom 23. Februar 2021 – VI ZR 44/20, VersR 2022, 66 Rn. 14 mwN). Die Pflicht zur Aufklärung über entscheidungserhebliche Umstände besteht auch im Spruchverfahren, § 7 Abs. 5 Satz 3, § 8 Abs. 3 SpruchG i.V.m. § 139 ZPO. Die Parteien erhalten dadurch Gelegenheit, sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen zu erklären (statt vieler BeckOGK AktG/Drescher, Stand 1.1.2023, § 8 SpruchG Rn. 17). Einer solchen Gelegenheit zur Erklärung oder Reaktion durch die Prozessbeteiligten bedarf es indes nicht, wenn schon das erstinstanzliche Gericht eigene Sachkunde in Anspruch genommen hat und die Berechtigung dieses Ansatzes gerade (auch) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist. Denn die (mögliche) gleichlaufende Beurteilung durch das Beschwerdegericht steht den Parteien in dieser Konstellation vor Augen und ermöglicht ihnen eine prozessuale Reaktion, ohne dass es eines Hinweises bedarf.

dd) Das Beschwerdegericht hat den Anspruch der Rechtsbeschwerdeführer auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG nicht dadurch in entscheidungserheblicher Weise verletzt, dass es für seine Methodenwahl sowohl im Grundsatz als auch zur Bewertung der konkreten Unternehmenswerte anhand der marktorientierten Bewertungsmethode kein Sachverständigengutachten eingeholt hat. Die dagegen von der Rechtsbeschwerde erhobenen Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg. Entgegen der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht keine unzulässige Beweisantizipation vorgenommen. Im Übrigen werden Rechtsfehler bei der Methodenwahl durch das Beschwerdegericht von der Rechtsbeschwerde weder gerügt, noch sind sie ersichtlich. Das Gebot rechtlichen Gehörs, das ein Gericht zur Kenntnisnahme und Erwägung der Ausführungen der Prozessbeteiligten verpflichtet, ist nicht verletzt, wenn das Gericht den Parteivortrag zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen, jedoch andere rechtliche Schlüsse daraus gezogen hat als die vortragende Partei (vgl. BVerfG, FamRZ 2013, 1953 Rn. 14; BGH, Beschluss vom 15. April 2021 – I ZB 67/20, juris Rn. 9).

(1) Die Heranziehung der marktorientierten Bewertungsmethode ist grundsätzlich zulässig und begegnet nur dort Bedenken, wo diese Methode aufgrund der Umstände des Einzelfalls ungeeignet ist. Das Beschwerdegericht hat im Einzelnen begründet, weshalb es die marktorientierte Bewertungsmethode, die auf Börsenkurse zurückgreift, generell für angemessen erachtet. Das Beschwerdegericht hat ebenso begründet, warum diese Methode auch im Streitfall geeignet ist. Es hat dabei die Einwände der Antragsteller zur Wahl der geeigneten Bewertungsmethode und die damit verbundene Erforderlichkeit zur Einholung eines Sachverständigengutachtens ausweislich der Gründe zur Kenntnis genommen und sich damit inhaltlich auseinandergesetzt, sie jedoch als unbegründet erachtet. Einer Beweisaufnahme durch Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es im Spruchverfahren zudem nur, wenn das Gericht streitige Punkte nicht aus eigener Sachkunde beurteilen kann und eine Begutachtung gegenüber den bereits vorliegenden Daten einen Erkenntnisgewinn bringt (OLG Düsseldorf, NZG 2004, 429, 430; OLG Stuttgart, NZG 2007, 112, 113; OLG München, AG 2014, 453, 454; AG 2019, 659, 662 f.; BeckOGK AktG/Drescher, Stand 1.1.2023, § 8 SpruchG Rn. 12; Klöcker/Wittgens in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 8 SpruchG Rn. 13; MünchKommAktG/Kubis, 5. Aufl., § 8 SpruchG Rn. 5; Simons in Hölters/Weber, AktG, 4. Aufl., § 8 SpruchG Rn. 12; Land/Hennings, AG 2005, 380, 382 f.; Sturm/Stottmann, NZG 2020, 974, 978). Einen solchen Erkenntnisgewinn hat das Beschwerdegericht verneint. Gegen diese rechtlich nicht zu

beanstandende Würdigung bringt die Rechtsbeschwerde nichts vor, sondern teilt mit ihren Ausführungen lediglich die Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts nicht.

(2) Das Beschwerdegericht hat das Vorliegen einer effektiven Informationsbewertung durch den Markt für die W. AG und die Antragsgegnerin festgestellt und dabei Informationsdefizite, auffällige Kurssprünge und Kursmanipulationen ausgeschlossen. Dabei hat es dem geringen Bid-Ask-Spread beider Gesellschaften, der für eine hohe Liquidität des Kurses spricht, eine besondere Bedeutung beigemessen. Das Beschwerdegericht hat sich mit der Meinung der sachverständigen Prüferin auseinandergesetzt, dass das eigene Beta der W. AG nicht geeignet sei, das wirtschaftliche Risiko der Gesellschaft abzubilden und diese als nicht überzeugend begründet erachtet. Die Rechtsbeschwerde zeigt keinen Rechtsfehler in der Einschätzung des Beschwerdegerichts auf, dass allein ein geringes Bestimmtheitsmaß des Zweijahresbetas nicht zur fehlenden Eignung der Börsenkurse führen muss, wenn weitere Kriterien, wie etwa der t-Test und die Liquidität des betreffenden Marktsegments, berücksichtigt werden können. Letztlich kam es nach Auffassung des Beschwerdegerichts auf die Ansicht der Vertragsprüferin nicht an, weil auch ohne Heranziehung des Betas der W. AG im Rahmen der erforderlichen Gesamtabwägung die marktorientierte Methode vorzugswürdig sei.

(3) Entgegen der Darstellung der Rechtsbeschwerde hat die Antragsgegnerin nicht die Ertragswertmethode als die allein geeignete Bewertungsmethode angesehen. Die Antragsgegnerin hat zwar an der Richtigkeit der von ihr im Rahmen des Bewertungsverfahrens auf der Grundlage der Ertragswertmethode ermittelten Abfindung festgehalten und das so ermittelte Ergebnis gegen die Einwendungen der Antragsteller verteidigt. Zugleich hat sie aber die Auffassung vertreten, dass die für Abfindung und Ausgleich maßgebenden Unternehmenswerte generell auch nach der marktorientierten Bewertungsmethode auf der Grundlage von Börsenkursen ermittelt werden könnten und dass hiergegen auch unter den Besonderheiten des Streitfalls keine Bedenken bestünden.

(4) Soweit die Antragsteller geltend gemacht haben, das Beschwerdegericht habe ohne eigene Sachkunde übergangen, dass der durchschnittliche Börsenkurs den Wert eines Unternehmens allenfalls dann sachgerecht abbilden könne, wenn ein Markt vorliege, auf dem alle Marktteilnehmer über denselben Informationsstand verfügten, woran es hier fehle, können sie damit nicht durchdringen. Abgesehen davon, dass der Rückgriff auf den Börsenkurs keinen streng allokatons- und informationseffizienten Markt voraussetzt (vgl. oben Rn. 20), hat sich das Beschwerdegericht mit dem zwischen den Marktteilnehmern und der Unternehmensleitung bestehenden Informationsgefälle sowohl im Allgemeinen als auch in Bezug auf ein Informationsgefälle für beide zu bewertenden Gesellschaften in rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstandender Weise auseinandergesetzt.

(5) Auch die weitere Rüge der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht habe gehörswidrig ohne sachverständige Hilfe übergangen, dass neben der Heranziehung des Börsenwerts auch der Unternehmenswert der W. AG und der Antragsgegnerin nach fundamentalen Methoden hätte festgestellt werden müssen, geht fehl. Das Beschwerdegericht hat die von den Antragstellern dabei vertretene Auffassung einer methodenbezogenen Meistbegünstigung der Minderheitsaktionäre in den Gründen aufgegriffen, jedoch unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 12) bereits im Rahmen seiner grundsätzlichen Begründung der Methodenwahl zutreffend als überholt angesehen und dabei die Herleitung dieser Ansicht aus der Gesetzesbegründung zu § 39 BörsG (BT-Drucks. 18/6220, S. 84) widerlegt. Zudem gilt, dass jede in die Zukunft gerichtete Prognose, insbesondere die der Ertragswertmethode eigene Beurteilung künftiger Erträge, ihrer Natur nach mit Unsicherheiten behaftet ist. Vor diesem Hintergrund ist es zur Berechnung des vollen Ausgleichs nicht geboten, eine auf zutreffender Tatsachengrundlage beruhende, vertretbare Prognose durch eine andere, ebenfalls notwendigerweise nur vertretbare, zu ersetzen (BVerfG, ZIP 2012, 1656 Rn. 30). Erst recht ist es nicht geboten, zur Bestimmung des „wahren“ Werts der Unternehmensbeteiligung stets jede denkbare

Methode der Unternehmensbewertung heranzuziehen und die Abfindung nach dem Meistbegünstigungsprinzip zu berechnen (vgl. BVerfG ZIP 2011, 1051 Rn. 24; ZIP 2012, 1408 Rn. 18). Eine Unternehmensbewertung, die wie die Ertragswertmethode vornehmlich auf die künftig ausschüttbaren Ertragsüberschüsse abstellt und daher mit naturgemäß unsicheren Prognosen arbeiten muss, zeitigt keine richtigeren Ergebnisse als der Börsenkurs (vgl. BVerfG, ZIP 2012, 1408 Rn. 25).

(6) Soweit die Rechtsbeschwerde geltend macht, das Beschwerdegericht habe gehörswidrig ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens den Vortrag der Antragsteller übergangen, die verwendeten Zahlen hätten das Wachstum der W. AG im ersten Halbjahr 2017 nach der Veröffentlichung des Übernahmeangebots am 10. Mai 2017 im Börsenkurs nicht (mehr) zum Ausdruck gebracht und deswegen zu einem unrichtigen Ergebnis für den Wert der Unternehmensbeteiligung geführt, dringt sie damit nicht durch. Gemäß § 287 Abs. 2, 1 Satz 2 ZPO stand es im Ermessen des Beschwerdegerichts, ob es die Einholung eines Sachverständigengutachtens anordnet. Das Beschwerdegericht hat einen möglichen Einfluss des Übernahmeangebots vom 10. Mai 2017 auf den Kurs der Aktie der W. AG bei der Feststellung seiner für die Schätzung erforderlichen Grundlagen erwogen, aber mit ausführlicher Begründung abgelehnt. Auch die am 14. August 2017 erfolgte Veröffentlichung der Kennzahlen der W. AG hat das Beschwerdegericht berücksichtigt. Eine dem Tatrichter verwehrte Beweisantizipation liegt darin entgegen der Rechtsbeschwerde, die erneut allein den rechtlichen Schluss des Beschwerdegerichts nicht teilt, nicht.

(7) Schließlich verfährt aus denselben Gründen die Rüge der Rechtsbeschwerde nicht, das Beschwerdegericht habe ohne sachverständige Hilfe übergangen, dass die Börsenkursentwicklung der W. AG die Ertragslage und Ertragsaussichten wegen Warnhinweisen zu Liquiditätsveränderungen und dem Hinweis auf ein etwaiges Delisting oder Downlisting unzutreffend abbilde. Das Beschwerdegericht hat bei der Feststellung der für die Schätzung erforderlichen Grundlagen die Geeignetheit der Daten der W. AG geprüft und sich insbesondere mit dem Einfluss der in der Angebotsunterlage der Antragsgegnerin vom 27. Juni 2017 auf S. 78 f. ausgewiesenen Warnhinweise zur möglichen Verringerung des Streubesitzes und der Liquidität der Aktien der W. AG und der möglichen Änderung der Börsennotierung der Aktie der W. AG auseinandergesetzt und einen relevanten Einfluss auf den Kurs der W. AG verneint.

b) Das Beschwerdegericht hat den Ausgleich der außenstehenden Aktionäre im Sinne des § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG von 0,11 € netto bzw. 0,13 € brutto ohne Rechtsfehler als angemessen beurteilt. Die Bestimmung der festen Ausgleichszahlung anhand des Börsenwerts der Gesellschaft kann eine geeignete Methode zur Ermittlung eines angemessenen Ausgleichs nach § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG sein.

aa) Das Beschwerdegericht konnte den angemessenen festen Ausgleich im Sinne des § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG aus dem Börsenwert der W. AG ableiten. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

§ 304 Absatz 2 Satz 1 AktG gibt vor, dass der feste Ausgleich der außenstehenden Aktionäre nach der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und ihren künftigen Ertragsaussichten unter Berücksichtigung angemessener Abschreibungen und Wertberichtigungen, jedoch ohne Bildung anderer Gewinnrücklagen zu berechnen ist. Es ist umstritten, welche methodischen Vorgaben für die Berechnung des Ausgleichs daraus resultieren und ob der feste Ausgleich der außenstehenden Aktionäre auf Grundlage des anhand des Börsenwerts geschätzten Unternehmenswerts bestimmt werden kann.

(1) Nach einer Auffassung ist der Ausgleich nach § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG allein nach dem Ertragswertverfahren zu bestimmen. Dem Börsenkurs kommt danach keine ausschlaggebende Bedeutung zu (Deilmann in Hölters/ Weber, AktG, 4. Aufl., § 304 Rn. 25, 31; KK-AktG/Koppensteiner,

3. Aufl., § 304 Rn. 55; Paschos in Henssler/Strohn, AktG, 5. Aufl., § 304 Rn. 8; Schenk in Bürgers/Körber/Lieder, AktG, 5. Aufl., § 304 Rn. 35; Grigoleit/Servatius, AktG, 2. Aufl., § 304 Rn. 16; Stephan in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 304 Rn. 77; MünchKommAktG/van Rossum, 5. Aufl., § 304 Rn 77; BeckOGK AktG/Veill/Preisser, Stand 1.1.2023, § 304 Rn. 58; Großfeld/Egger/Tönnies, Recht der Unternehmensbewertung, 9. Aufl., Rn. 1236; MünchHdb-GesR IV/Krieger, 5. Aufl., § 71 Rn. 88, 93; Popp, WPg 2008, 23, 35; Riegger/ Wasmann, Festschrift Stilz, 2014, S. 509, 515; Spindler/Klöhn, Der Konzern 2003, 511, 516 f.). Das folge aus dem Wortlaut des § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG, der maßgeblich auf (künftige) Ertragsaussichten der Gesellschaft abstelle und damit die Ertragswertmethode als Berechnungsmodell vorgebe (KK-AktG/Koppensteiner, 3. Aufl., § 304 Rn. 50, 55; Stephan in K. Schmidt/ Lutter, AktG, 4. Aufl., § 304 Rn. 77; MünchKommAktG/van Rossum, 5. Aufl., § 304 Rn 77; MünchHdb-GesR IV/ Krieger, 5. Aufl., § 71 Rn. 88). Zudem fehle es an einem Modell, wie aus dem Börsenwert eines Unternehmens der Ausgleich errechnet werden könne. Für die Berechnung des Ausgleichs und der Abfindung seien im Hinblick auf den Normzweck jeweils eigene Werte zu ermitteln, so dass insbesondere eine Berechnung des Ausgleichs durch Verrentung der nach Börsenkursen ermittelten Werte ausscheide (OLG Hamburg, AG 2002, 406, 408; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. November 2009 – I-26 W 6/07, juris Rn. 58; Paschos in Henssler/Strohn, AktG, 5. Aufl., § 304 Rn. 8; Schenk in Bürgers/Körber/Lieder, AktG, 5. Aufl., § 304 Rn. 35; MünchHdb-GesR IV/Krieger, 5. Aufl., § 71 Rn. 93; Popp, WPg 2008, 23, 24; Spindler/Klöhn, Der Konzern 2003, 511, 517).

Gegen die Maßgeblichkeit des Börsenwerts bei aktienrechtlichen Konzernierungsmaßnahmen im Allgemeinen (und ohne Differenzierung zwischen § 304 AktG und § 305 AktG) wird weiter angeführt, dass die Ertragslage der Gesellschaft und ihre künftigen Ertragsaussichten in einem halbstreng informationseffizienten Kapitalmarkt, dessen Informationsniveau sich nach den gesetzlichen Veröffentlichungspflichten (§ 17 Abs. 1 MAR) richte (Schnorbus/ Rauch/Grimm, AG 2021, 391 Rn. 37), im Börsenkurs nicht zutreffend abgebildet seien (Ruiz de Vargas, NZG 2021, 1001, 1008 f.; Ruthardt/Hachmeister, NZG 2014, 455, 456 f.; Ruthard/Popp, AG 2020, 240, 245 f.; Ruthard/Popp, AG 2021, 296, 299; Ruthard/Popp, AG 2022, 347, 352 f.) und eine Berücksichtigung des Börsenkurses stets flankierender Kontrollmechanismen bedürfe (Ruiz de Vargas, NZG 2021, 1056, 1057 f.).

Nach anderer, auch vom Beschwerdegericht vertretener Auffassung, kann der feste Ausgleich nach § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG auch aus einem Unternehmenswert abgeleitet werden, der nach der marktorientierten Methode auf Grundlage des Börsenwerts der Gesellschaft bestimmt wird (Decher, AG 2023, 106, 116; Döding, WuB 2022, 295, 298; Kuthe, AG 2021, R217, R219; Schnorbus/Rauch/Grimm, AG 2021, 391, 401 Fn. 99; Wasmann, AG 2021, 179, 190; Wittgens/Schlöder, EWiR 2021, 649, 650; in diese Richtung tendierend: OLG Hamburg, AG 2003, 583, 585; Emmerich in Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl., § 304 AktG Rn. 57; Koch, AktG, 16. Aufl., § 304 Rn. 8; Adolff/Häller in: Fleischer/Hüttemann, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Rn. 21.19; J. Schmidt, NZG 2020, 1361, 1365). Denn auch der Börsenwert könne die Ertragslage eines Unternehmens und die künftigen Ertragsaussichten hinreichend zum Ausdruck bringen.

(2) Der Börsenwert einer Gesellschaft kann geeignet sein, sowohl deren bisherige Ertragslage als auch deren künftige Ertragsaussichten im Einzelfall hinreichend abzubilden und kann daher Grundlage für den gemäß § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG zu bestimmenden angemessenen festen Ausgleich sein.

(a) Der Wortlaut des § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG steht dem Rückgriff auf den Börsenwert einer Gesellschaft zur Bestimmung des angemessenen festen Ausgleichs der außenstehenden Aktionäre nicht entgegen. Soweit es danach auf den Betrag ankommt, der nach der bisherigen Ertragslage der Gesellschaft und ihren künftigen Ertragsaussichten voraussichtlich als durchschnittlicher Gewinnanteil auf die einzelne Aktie verteilt werden könnte, ist damit, entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde, nicht vorgegeben, dass der Betrag allein nach der Ertragswertmethode ermittelt werden müsste. Insbesondere schreibt die Norm nicht vor, auf welcher Grundlage die künftigen Ertragsaussichten und

der Betrag, der voraussichtlich auf die einzelne Aktie verteilt werden könnte, prognostiziert werden müssen. Der Vorschrift lässt sich nicht entnehmen, dass es für den Tatrichter insoweit bei der Methodenwahl ausgeschlossen wäre, von den Prognosen des Markts auszugehen, die sich in dem jeweiligen Börsenkurs ausdrücken. Denn die Berücksichtigung des Börsenwerts beruht auf der Annahme, dass die Marktteilnehmer auf der Grundlage der ihnen zur Verfügung gestellten Informationen und Informationsmöglichkeiten die Ertragskraft des Unternehmens, um dessen Aktien es geht, zutreffend bewerten und sich die Marktbewertung im Börsenkurs der Aktien niederschlägt (BGH, Beschluss vom 12. Januar 2016 – II ZB 25/14, BGHZ 208, 265 Rn. 23).

(b) Sinn und Zweck des § 304 AktG tragen den methodischen Rückgriff auf den Börsenwert einer Gesellschaft zur Bestimmung des angemessenen festen Ausgleichs der außenstehenden Aktionäre. Die Vorschrift bezweckt die Sicherung der außenstehenden Aktionäre vor der Beeinträchtigung ihrer sich aus der Mitgliedschaft ergebenden vermögensrechtlichen Stellung. Es sollen die Verluste kompensiert werden, die ihnen durch die Ausübung der Weisungskompetenz des herrschenden Unternehmens entstehen können (BGH, Beschluss vom 4. März 1998 – II ZB 5/97, ZIP 1998, 690, 691 mwN). Nach dem Willen des Gesetzgebers haben die außenstehenden Aktionäre dabei eine „Dividendengarantie“ (RegE, Entwurf eines Aktiengesetzes, BT-Drucks. IV/171, S. 223 f.). Zwar mag der Gesetzgeber, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, bei der Fassung von § 293 AktG aF, der Vorgängervorschrift des § 304 AktG, eine Wertermittlung anhand des Ertragswertverfahrens vor Augen gehabt haben, ohne sich dabei aber auf eine bestimmte Vorgehensweise zur Ermittlung der Höhe des angemessenen Ausgleichs festzulegen. Das vom Gesetzgeber formulierte Ziel, den außenstehenden Aktionären einen angemessenen Ersatz für die entzogene Dividende zu geben, wird ebenfalls erreicht, wenn statt des Ertragswertverfahrens auf den Börsenwert der Gesellschaft zurückgegriffen wird. Die künftigen Ertragsaussichten einer Gesellschaft werden nämlich als Teil ihrer Ertragskraft in einem funktionierenden Kapitalmarkt durch eine Vielzahl von Marktteilnehmern durch reale Transaktionen zutreffend bewertet. Die Beteiligung eines Aktionärs an der Gesellschaft erfährt durch dieses Zusammenspiel von Angebot und Nachfrage eine Wertbestimmung (BVerfGE 100, 289, 308). Voraussetzung der Aussagekraft des Börsenwerts für die Bewertung einer Gesellschaft ist eine effektive Informationsbewertung durch die Marktteilnehmer (siehe oben Rn. 20). Eine effektive Bewertung durch den Markt erfährt insofern nicht nur die vergangenheitsbezogene bisherige Ertragslage der Gesellschaft, sondern auch ihre künftige Ertragsaussicht.

(c) Auch die Systematik des § 304 AktG steht dem methodischen Rückgriff auf den Börsenwert durch den Tatrichter nicht entgegen, wie das Beschwerdegericht zutreffend herausgearbeitet hat. Die Bestimmung der angemessenen Abfindung anhand des Börsenwerts der Gesellschaft kann eine geeignete Methode zur Ermittlung der angemessenen Abfindung im Rahmen des § 305 AktG sein. Anders als die Rechtsbeschwerde meint, kann ein Gleichlauf der zur Verfügung stehenden Methoden deshalb nicht nur erreicht werden, wenn sowohl der Ermittlung des Ausgleichs nach § 304 AktG als auch der Abfindung nach § 305 AktG allein das Ertragswertverfahren zugrunde gelegt wird, mithin eine für § 305 AktG anerkannte Methode für die Ermittlung der angemessenen Abfindung bei gleichzeitiger Ermittlung von Ausgleich und Abfindung durch den Tatrichter ausgeschlossen wird. Gleichmaßen möglich ist es nämlich, im Hinblick auf den gemeinsamen Bewertungsanlass den Gleichlauf der Methoden dergestalt herzustellen, dass die für § 305 AktG anerkannten Bewertungsmethoden auch für § 304 AktG angewendet werden können. Denn beide Vorschriften sollen entsprechend der verfassungsrechtlichen Garantie des Art. 14 GG gewährleisten, dass der außenstehende Aktionär wirtschaftlich voll entschädigt wird (BVerfGE 100, 289, 304 f.).

Sollte dem Senatsurteil vom 13. Februar 2006 (BGH, Urteil vom 13. Februar 2006 – II ZR 392/03, BGHZ 166, 195 Rn. 13) etwas Anderes zu entnehmen sein, hält der Senat hieran nicht länger fest.

(d) Der Ableitung des festen Ausgleichs aus dem Börsenwert einer Gesellschaft steht ein möglicher Niederschlag nicht betriebsnotwendigen Vermögens (neutralen Vermögens) in dem Börsenkurs hier nicht entgegen.

Zwar kann es im Rahmen der Ableitung des festen Ausgleichs bei einer Unternehmensbewertung nach dem Ertragswertverfahren geboten sein, das nicht betriebsnotwendige Vermögen dabei nicht anzusetzen, weil Vermögenswerte, die auf den Ertrag keinen Einfluss gehabt haben, grundsätzlich nicht einzubeziehen sind (BGH, Beschluss vom 21. Juli 2003 – II ZB 17/01, BGHZ 156, 57, 63). Bei der hier vorgenommenen Ableitung des festen Ausgleichs aus dem Börsenwert einer Gesellschaft besteht diese Abzugsmöglichkeit nicht. Es kann deshalb allenfalls die methodische Entscheidung zur Ableitung des festen Ausgleichs aus dem Börsenwert eines Unternehmens ausgeschlossen sein, wenn anzunehmen ist, dass insofern ausschlaggebende unternehmensspezifische Daten von den Marktteilnehmern auf dem Kapitalmarkt nicht hinreichend verarbeitet worden sind. Dafür ergeben sich hier weder Anhaltspunkte noch macht die Rechtsbeschwerde dies geltend. Die Berücksichtigung des nicht betriebsnotwendigen Vermögens hat sich allenfalls zu Gunsten der Minderheitsaktionäre ausgewirkt, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt.

(e) Der Rückgriff auf Börsenkurse scheidet bei der Anwendung des § 304 AktG, ebenso wie bei der Anwendung des § 305 AktG, allerdings dann aus, wenn ein funktionierender Kapitalmarkt nicht gegeben ist, also über einen längeren Zeitraum mit Aktien der Gesellschaft praktisch kein Handel stattgefunden hat bzw. eine Marktengge vorliegt (BVerfGE 100, 289, 309; BGH, Beschluss vom 12. März 2001 – II ZB 15/00, BGHZ 147, 108, 116). Indizien für das Vorliegen einer Marktengge können dabei geringe Handelsvolumina, ein Handel nur an wenigen Börsentagen oder ein geringer Streubesitz der Aktien sein. An hinreichender Aussagekraft mangelt es Börsenkursen zudem, wenn unerklärliche Kursausschläge oder Kursmanipulationen vorliegen oder wenn kapitalmarktrechtliche Veröffentlichungspflichten nicht eingehalten wurden (BVerfG, ZIP 2011, 1051 Rn. 25; OLG München, AG 2007, 246, 247), wofür es nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts keine Anhaltspunkte gibt (siehe oben Rn. 32).

bb) Das Beschwerdegericht hat für die Ableitung des festen Ausgleichs nach § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG ohne Rechtsfehler den Börsenwert der W. AG als Unternehmenswert gewählt und eine Ableitung mithilfe eines Verrentungszinssatzes von 3,35% vorgenommen.

(1) Die Wahl des Börsenwerts der W. AG zur Ableitung des festen Ausgleichs durch das Beschwerdegericht lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Insbesondere hat das Beschwerdegericht bei der Auswahl des Börsenwerts als taugliche Bewertungsgrundlage, wie schon bei seiner Prüfung im Rahmen des § 305 AktG, keine sachfremden Erwägungen angestellt.

Anders als die Rechtsbeschwerde meint, führt das systematische Verständnis der §§ 304, 305 AktG des Beschwerdegerichts nicht „contra legem“ zur Außerachtlassung der Ertragslage der Gesellschaft. Stattdessen spricht sich das Beschwerdegericht lediglich für den nicht sachfremden Gleichlauf der Methoden bei Anwendung der §§ 304, 305 AktG aus.

Daneben findet sich das von der Rechtsbeschwerde im Rahmen ihrer Rügen gegen die nach § 305 AktG festgesetzte Abfindung monierte Verständnis einer Prozessökonomie in dem Sinne, dass damit die Arbeitslast gesteuert, auf sachverständige Begutachtung verzichtet und dem sachfremden Wunsch nach Verfahrensvereinfachung entsprochen werde, in den Gründen des angegriffenen Beschlusses nicht. Stattdessen spricht sich das Beschwerdegericht im Sinne der Prozessökonomie gegen eine zwingende Ermittlung des Ausgleichs nach § 304 AktG anhand des Ertragswerts der Gesellschaft aus, wenn die Angemessenheit der Abfindung nach § 305 AktG in zulässiger Weise nach dem Börsenwert bestimmt werden kann (vgl. BVerfG, ZIP 2012, 1408 Rn. 26). Diese Erwägung des Beschwerdegerichts zielt ebenfalls (nur) auf die Methodenvielfalt und das tatrichterliche Ermessen bei der Methodenwahl

im Rahmen der Anwendung der §§ 304, 305 AktG ab und ist entgegen der Rechtsbeschwerde weder gehörswidrig noch sachfremd.

(2) Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei einen Verrentungszins in Höhe von 3,35% aus den Fremdkapitalkosten der Antragsgegnerin als herrschender Gesellschaft und einer beherrschungsvertragsspezifischen Risikoprämie ermittelt. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde bleiben ohne Erfolg.

(a) Für die Ermittlung des anzuwendenden Zinssatzes existiert keine bestimmte Regel, die zu einem einzigen richtigen Ergebnis führt. Die Regel, nach der der Zinssatz ermittelt wird, muss den Bewertungszielen entsprechen, in der Wirtschaftswissenschaft anerkannt und praktisch gebräuchlich sein (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2015 – II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 36). Dabei muss der anzuwendende Verrentungszins zur Ableitung des angemessenen festen Ausgleichs nach § 304 Abs. 2 Satz 1 AktG im Wesentlichen zwei Risiken der in der beherrschten Gesellschaft verbleibenden außenstehenden Aktionäre abbilden, zum einen das Insolvenzrisiko der herrschenden Gesellschaft und zum anderen das Risiko der Auszehrung der beherrschten Gesellschaft durch nachteilige Maßnahmen des herrschenden Unternehmens bis zur Kündigung des Beherrschungsvertrags (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2012, 124, 132; OLG Stuttgart, AG 2013, 724, 731; Popp/Ruthard in Fleischer/Hüttemann, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Rn. 12.212 f.; Popp, WPg 2018, 244, 249). Die Wahl der im Einzelfall geeigneten Methode zur Bestimmung eines angemessenen Verrentungszinses zur Ableitung des angemessenen festen Ausgleichs ist, wie die Frage nach der geeigneten Bewertungsmethode zur Bestimmung des Werts einer Unternehmensbeteiligung (siehe oben Rn. 17), eine dem Tatrichter obliegende Tatsachenfeststellung.

Neben dem von der Vertragsprüferin verwendeten und insbesondere bei einer Unternehmensbewertung nach dem Ertragswertverfahren wirtschaftswissenschaftlich anerkannten Verfahren der Bestimmung des Verrentungszinses auf der Grundlage des risikolosen Basiszinses und eines Risikozuschlags (z.B. Popp/Ruthard in Fleischer/Hüttemann, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 2. Aufl., Rn. 12.208 ff.; Frank/Muxfeld/Galle, Coporate Finance, Themenheft Unternehmensbewertung, 12/2016, S. 455; Maul, DB 2002, 1423, 1424 f.; Popp WPg 2018, 244, 248) ist es betriebswirtschaftlich unter anderem möglich, wie das Beschwerdegericht den Verrentungszins aus den Fremdkapitalkosten der herrschenden Gesellschaft und einer beherrschungsvertragsspezifischen Risikoprämie abzuleiten (vgl. Frank/Muxfeld/Galle, Coporate Finance, Themenheft Unternehmensbewertung, 12/2016, S. 451 ff.).

Das Beschwerdegericht hat diese Ableitung unter Rückgriff auf das Bewertungsgutachten mit der beabsichtigten Integration des beherrschten Unternehmens in das herrschende Unternehmen und der damit verbundenen Verlagerung von Akquisitionen in das beherrschte Unternehmen begründet. Das Risiko des Vermögensentzugs der außenstehenden Aktionäre bei Kündigung des Unternehmensvertrags und eine etwaige Auszehrung des beherrschten Unternehmens seien in einem solchen Fall als gering einzustufen und könnten durch eine spezifische Risikoprämie besser berücksichtigt werden als durch den Ansatz der verschuldeten Eigenkapitalkosten der beherrschten Gesellschaft. Diese trichterliche Methodenwahl zur Bestimmung des anzuwendenden Verrentungszinses für die konkrete Bewertungssituation, die von der Rechtsbeschwerde nicht beanstandet wird, lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

(b) Soweit die Rechtsbeschwerde bemängelt, die vom Beschwerdegericht angewandte Risikoprämie von 0,57% sei in keiner Weise begründet worden, übergeht sie den Bezug des Beschwerdegerichts auf das Bewertungsgutachten, in dem für die Berechnung unter anderem auch auf die von Frank/Muxfeld/Galle (Coporate Finance, Themenheft Unternehmensbewertung, 12/2016, S. 449 ff.) dargestellte Vorgehensweise verwiesen wird.

Soweit die Rechtsbeschwerde weiter geltend macht, es hätten im Hinblick auf das Kündigungsrisiko der außenstehenden Aktionäre die vollen Eigenkapitalkosten der W. AG angesetzt werden müssen und es sei nicht abgebildet, dass Alternative der außenstehenden Aktionäre keine (sichere) Barabfindung, sondern nur ein dem Risiko der Branche unterliegender Aktientausch sei, teilt sie, rechtsbeschwerderechtlich unbeachtlich, lediglich die tatrichterliche Bewertung des Beschwerdegerichts nicht.

Gegen die vom Beschwerdegericht mit einem Verrentungszins von 3,35% errechnete Höhe des Ausgleichs der außenstehenden Aktionäre von 0,11 € netto / 0,13 € brutto bringt die Rechtsbeschwerde nichts vor.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 15 SpruchG.

Entscheidung 4 - OLG München Endurteil v. 22.3.2023 – 7 U 723/22

Gründe:

A.

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung des Geschäftsführeranstellungsvertrages durch die Beklagte vom 26.05.2020 und Ansprüche der Beklagten auf Rückzahlung an den Kläger gezahlter Geschäftsführervergütungen.

Die Beklagte ist eine GmbH mit einem Stammkapital von 100.000,00 DM, das voll einbezahlt ist. Mit Urkunde vom 17.08.2016 (URNr. ...06/2016) des Notars Dr. Sch teilte der Kläger seinen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 100.000,00 DM in die vier Geschäftsanteile Nrn 1, 2, 3 und 4 zu je 25.000,00 DM. Mit gleicher Urkunde verkaufte der Kläger den Geschäftsanteil Nr. 4 zum Preis von 15.000,00 € an Frau S. K. (nunmehr P.), die Nebenintervenientin, und übertrug gleichzeitig den Geschäftsanteil Nr. 4 an sie. Der Kaufpreis wurde zehn Bankarbeitstage nach der Genehmigung der Urkunde durch die Nebenintervenientin zur Zahlung fällig. Die Nebenintervenientin erteilte die Genehmigung am 16.09.2016. Der Kaufpreis wurde in der Folge nicht bezahlt.

Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten in der Fassung der Urkunde des Notars Dr. Sch vom 17.08.2016 (URNr. ...25/2016) lautete auszugsweise wie folgt:

„§ 10 Gesellschafterversammlungen

1. Die Gesellschafterversammlungen werden durch die Geschäftsführer einberufen. Jeder Geschäftsführer ist alleine einberufungsberechtigt.“
2. Die Einberufung erfolgt durch eingeschriebenen Brief an jeden Gesellschafter unter Angabe von Ort, Tag, Zeit und Tagesordnung mit einer Frist von vier Wochen bei ordentlichen Gesellschafterversammlungen und von mindestens zwei Wochen bei außerordentlichen Gesellschafterversammlungen. Der Lauf der Frist beginnt mit dem der Aufgabe zur Post folgenden Tag. Der Tag der Versammlung wird bei Berechnung der Frist nicht mitgezählt.
3. Eine Gesellschafterversammlung ist nur beschlussfähig, wenn mindestens 50% des Stammkapitals vertreten sind (...).

§ 11 Gesellschafterbeschlüsse

(...)

3. Gesellschafterbeschlüsse werden mit 80% der abgegebenen Stimmen gefasst, soweit nicht ein Gesetz oder Gesellschaftsvertrag eine größere Mehrheit vorgesehen [sic]. Je DM 100,00 eines Geschäftsanteils gewähren eine Stimme.

(...)“

Mit Kauf- und Abtretungsvertrag vom 21.12.2018 (URNr ...63/2018 des Notars Dr. Sch) verkaufte der Kläger auch den Geschäftsanteil Nr. 3 an die Nebenintervenientin zum Preis von 15.000,00 € und trat gleichzeitig den Geschäftsanteil Nr. 3 an sie ab. Der Kaufpreis wurde zehn Bankarbeitstage nach Vertragsschluss fällig. Der Kaufpreis wurde in der Folge ebenfalls nicht bezahlt.

Am 23.07.2019 bestellte die Gesellschafterversammlung der Beklagten Frau A. R. als weitere alleinvertretungsberechtigte und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführerin

und erließ die „Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der G. P.O. GmbH“ laut Anl. B 20, die wie folgt lautete:

„Frau A. R. ist als weitere Geschäftsführerin neben dem bisherigen Geschäftsführer S. G. bestellt worden. Beide Geschäftsführer sind allein vertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Unbeschadet ihrer uneingeschränkten Vertretung nach außen sind die Geschäftsführer verpflichtet für sämtliche Geschäftsführungsmaßnahmen vor deren Durchführung die Zustimmung des jeweils anderen Geschäftsführers einzuholen. Diese Zustimmung bedarf der Schriftform, soweit es sich nicht um Notfälle oder ansonsten unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse der Gesellschaft handelt. Bei solchen Maßnahmen ist die Zustimmung des an der Zustimmung verhinderten Geschäftsführers in Schriftform unverzüglich nachzuholen. Ebenso sind die Gesellschafter unverzüglich von solchen Maßnahmen, soweit möglich vorab, zu informieren.

Bei abweichenden Auffassungen der Geschäftsführer zur Notwendigkeit einer Geschäftsführungsmaßnahme ist unverzüglich eine Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen.“

Am 27.04.2020 überwies der Kläger vom Konto Nr. ...120 der Beklagten bei der H. & A. Bank 240.000,00 € auf sein Konto unter Angabe des Verwendungszwecks „TREUHANDUEBERTRAG“ (vgl. den Kontoauszug laut Anl. B5).

Am 05.05.2020 überwies der Kläger auf Aufforderung der Geschäftsführerin R. 240.000,00 € von seinem Konto auf das Konto Nr. ...120 der Beklagten bei der H. & A. Bank unter Angabe des Verwendungszwecks „SVWZ + ERLED.SICHERUNGSZWECK/G9 ERLASS EINSTW.VERFUEGUNG“ (vgl. den Kontoauszug laut Anl. B 6).

Mit Schreiben vom 07.05.2020 lud die Beklagte zu einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung am 26.05.2020 in München ein. Beschlussgegenstände waren u.a. zu TOP 1 die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer aus wichtigem Grund und zu TOP 2 die außerordentliche fristlose Kündigung des Dienstvertrages des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten.

Mit Schreiben vom 08.05.2020 an die Nebenintervenientin trat der Kläger wegen der unterbliebenen Zahlung der Kaufpreise von den beiden Verträgen vom 17.08.2016 und 21.12.2018 zurück und forderte die Nebenintervenientin auf, bis spätestens 30.05.2020 der Rückübertragung der Geschäftsanteile Nrn 3 und 4 auf ihn zuzustimmen. Die verlangte Zustimmung zur Rückübertragung hat die Nebenintervenientin nicht erteilt.

In der Gesellschafterversammlung vom 26.05.2020, an der u.a. der Kläger sowie in Vertretung für die Nebenintervenientin Rechtsanwalt H. K. teilnahmen, stimmte der Kläger bezüglich der TOP 1 und 2 jeweils mit NEIN, Rechtsanwalt K. für die Nebenintervenientin jeweils mit JA. Die Versammlungsleiterin R. stellte bezüglich TOP 1 und 2 fest, dass die Gesellschafterversammlung die sofortige Abberufung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten und die außerordentliche fristlose Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrages mit dem Kläger sowie die Beauftragung der Geschäftsführerin R. mit dem Ausspruch der Kündigung beschlossen habe und dass in beiden Fällen die Stimmen des Klägers wegen eines Stimmverbots nicht mitgezählt worden seien.

Im Anschluss an die Gesellschafterversammlung übergab die Geschäftsführerin R. dem Kläger das Schreiben der Beklagten vom 26.05.2020 laut Anl. A 1, mit dem die Beklagte das Dienstverhältnis mit dem Kläger außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt kündigte.

Der Kläger focht die in der Gesellschafterversammlung vom 26.05.2020 gefassten Beschlüsse an (vgl. die Klageschrift laut Anl. B 1). Das Beschlussmängelverfahren ist unter dem Aktenzeichen 12 HK O 7622/20 beim Landgericht München I anhängig. Es ist noch nicht abgeschlossen.

Für seine Tätigkeit als Geschäftsführer zahlte die Beklagte dem Kläger jedenfalls im Zeitraum vom 01.08.2016 bis Ende April 2020 5.000,00 € brutto monatlich. Für den Monat Mai 2020 erfolgte keine Zahlung mehr.

Der Kläger trug vor, dass sich die Beendigung seines Anstellungsverhältnisses nach dem Vertrag vom 16.10.1990 laut Anl. A 2 richte. Demnach gelte hinsichtlich der Vertragsdauer folgendes:

„§ 2 Vertragsdauer

1. Der Anstellungsvertrag läuft auf unbestimmte Zeit.

2. Er kann unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten zum jeweiligen Quartalsende mit eingeschriebenem Brief gekündigt werden. Eine Kündigung durch die Gesellschaft kann nur nach ordnungsmäßiger Abberufung des Geschäftsführers erfolgen.“

Der Kläger behauptete des Weiteren, dass der Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 26.05.2020 hinsichtlich seiner Abberufung als Geschäftsführer der Beklagten und der außerordentlichen fristlosen Kündigung seines Anstellungsvertrages vom 26.05.2020 nichtig sei. Denn nach dem Rücktritt des Klägers von den beiden Anteilsübertragungsverträgen infolge der Nichtbezahlung der Kaufpreise habe der Nebenintervenientin gar kein Stimmrecht in der Beklagten mehr zugestanden.

Darüber hinaus fehle es an einem wichtigen Grund für die außerordentliche fristlose Kündigung des Anstellungsverhältnisses. Die Überweisung der 240.000,00 € am 27.04.2020 auf sein Privatkonto habe der Kläger nämlich vorgenommen, weil er zum damaligen Zeitpunkt erfolgreiche Vergleichsgespräche im Rahmen eines Bauprozesses (Objekt G.weg 9 in M.-G.) geführt habe, die unmittelbar vor dem Abschluss gestanden seien und aufgrund derer die Vergleichssumme unmittelbar hätte bezahlt werden sollen. Unter den anhaltenden Drohungen der Geschäftsführerin R. und des Rechtsanwalts K., ihm die Geschäftsführung und die Kontovollmachten zu entziehen, habe er sich gezwungen gesehen, Schaden von der Beklagten abzuwenden und die Erfüllung des Vergleichs sicherzustellen. Nur so habe er die für die Erfüllung des Vergleichs erforderlichen liquiden Mittel vorhalten können. Die Überweisung sei auch nur treuhänderisch erfolgt.

Das Kündigungsschreiben vom 26.05.2020 enthalte keine ausreichende Begründung.

Darüber hinaus hätte die Beklagte den Kläger in Anbetracht der seit 1990 andauernden Geschäftsführung zunächst abmahnen müssen.

Auch sei die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten. Die von der Beklagten behaupteten Pflichtverletzungen seien bereits Gegenstand der Gesellschafterversammlung vom 27.04.2020 gewesen. Die inkriminierte Überweisung der 240.000 € vom 27.04.2020 sei bereits seit Ende April/Anfang Mai 2020 bekannt gewesen, sodass auch insoweit die Frist des § 626 Abs. 2 BGB abgelaufen gewesen sei.

Schließlich hätte die Kündigung dem Kläger nach dem Gesellschaftsvertrag als eingeschriebener Brief zugestellt werden müssen.

Der Kläger beantragte daher,

1.festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Anstellungsverhältnis durch die fristlose Kündigung vom 26.05.2020 nicht beendet wurde, sondern unverändert fortbesteht.

2.die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für den Monat Mai 2020 sein Gehalt in Höhe von 5.000,00 Euro brutto zu zahlen, zzgl. Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz seit dem 01.06.2020.

Die Beklagte beantragte,

Klageabweisung.

Die Nebenintervenientin schloss sich dem Klageabweisungsantrag an.

Die Beklagte beantragte des Weiteren widerklagend,

den Kläger zu verurteilen, Euro 225.000 nebst 5 Prozentpunkten über den [sic] Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit an die Beklagte zu zahlen.

Die Beklagte erwiderte, dass die Nebenintervenientin in der Gesellschafterversammlung vom 26.05.2020 stimmberechtigt gewesen sei. Denn der Kläger habe die Geschäftsanteile Nrn 3 und 4 aufgrund bestehender treuhänderischer Bindung und Verpflichtung nach entsprechender Weisung des Treugebers an die Nebenintervenientin übertragen, weshalb auch entgegen der Vereinbarungen in den beiden Kaufverträgen keine Kaufpreise von der Nebenintervenientin bezahlt werden sollten.

Im Übrigen sei die Nebenintervenientin in der Gesellschafterliste der Beklagten als deren Gesellschafterin ausgewiesen, sodass sie gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG als deren Gesellschafterin gelte.

Des Weiteren trug die Beklagte vor, dass der vom Kläger in Bezug genommene Anstellungsvertrag vom 16.10.1990 nebst den Nachträgen und Gesellschafterbeschlüssen gefälscht sei. Maßgeblich sei der „Geschäftsführervertrag“ vom 15.01.1991 laut Anl. B 9, wonach der Vertrag ohne Kündigung am Ende des Monats ende, in dem der Kläger das 60. Lebensjahr vollende. Demnach sei der Vertrag Ende Juli 2016 ausgelaufen.

Bei der Überweisung der 240.000,00 € auf sein Privatkonto sei es dem Kläger darum gegangen, Gehaltszahlungen sowie die Zahlung der Miete und der Bürokostenpauschale an eine allein ihm gehörende GmbH sicherzustellen. Diese Absicht lasse sich auch dem Vortrag des Klägers im Verfahren des Landgerichts München I, Az. 12 HK O 7622/20, entnehmen. Denn dort habe er vortragen lassen, dass die Geschäftsführerin R. für den Monat Mai 2020 weder das Gehalt des Klägers an ihn ausbezahlt noch andere Zahlungen an ihn geleistet habe. Die Überweisung der 240.000,00 € sei deshalb nur aus Sicherheitsgründen erfolgt. Die Behauptung des Klägers hinsichtlich des bevorstehenden Vergleichsabschlusses bezüglich des Objekts G.weg 9 sei falsch. Nach Angabe des damaligen Prozessbevollmächtigten der Beklagten sei ein Vergleichsabschluss nicht unmittelbar bevorzustanden (vgl. Email des Rechtsanwalts K. laut Anl. B 2).

Neben der Überweisung lägen dem Kläger aber noch weitere Verfehlungen zur Last. So seien dem Kläger, wie sich aus dem Schreiben der V. AG, der mit der Erstellung der Körperschaftssteuer- und Gewerbesteuererklärung der Beklagten beauftragten Steuerberaterin der Beklagten, vom 22.12.2020 laut Anl. B 7 ergebe, eklatante Fehler in der Buchhaltung unterlaufen. Auch gebe der Kläger der Beklagten nicht die erforderlichen Auskünfte und habe er der Beklagten zustehende Zinseinkünfte in Höhe von mindestens 1,4 Mio € vorenthalten.

Eine Abmahnung sei aufgrund der gravierenden Pflichtverletzung des Klägers nicht erforderlich gewesen. Im Übrigen habe der Kläger in der Vergangenheit bereits Untreuehandlungen zum Nachteil der Beklagten in sechsstelliger Höhe begangen.

Hinsichtlich der Frist des § 626 Abs. 2 BGB komme es auf die Kenntnis der Mitglieder der Gesellschafterversammlung in ihrer Eigenschaft als Mitwirkende an der kollektiven Willensbildung an.

Das Erfordernis, die Kündigung mittels eines eingeschriebenen Briefes zu übermitteln, betreffe nur die ordentliche Kündigung. Im Übrigen könne sich der Kläger hierauf nicht berufen, da er unstreitig die außerordentliche fristlose Kündigung übergeben bekommen habe.

Zur Begründung ihrer Widerklage trug die Beklagte vor, dass, nachdem der allein relevante Anstellungsvertrag vom 15.01.1991 laut Anl. B 9 mit Ablauf des 31.07.2016 geendet habe, es für die monatliche Zahlung eines Geschäftsführergehalts in Höhe von 5.000,00 € brutto durch die Beklagte an den Kläger im Zeitraum vom 01.08.2016 bis 30.04.2020 keine Rechtsgrundlage gegeben habe, sodass der Kläger das bezogene Geschäftsführergehalt in Höhe von 225.000,00 € (45 x 5.000,00 €) zurückzahlen habe.

Der Kläger beantragte,

die Widerklage abzuweisen.

Der Kläger legte insoweit dar, dass er das Geschäftsführergehalt für den Zeitraum vom 01.08.2016 bis 30.04.2020 nicht ohne Rechtsgrund erhalten habe, da nach dem maßgeblichen Anstellungsvertrag vom 16.10.1990 laut Anl. A 2 das Anstellungsverhältnis auf unbestimmte Zeit gelaufen sei und deshalb nicht mit Erreichen des 60. Lebensjahres geendet habe.

Mit Zwischenurteil vom 17.02.2021, Az. 15 O 11883/20, Bl. 130/136 d.A., ließ das Landgericht die Nebenintervention hinsichtlich der Klage zu. Im Übrigen wies es den Beitritt zurück. Die gegen die teilweise Zurückweisung des Beitritts durch das Landgericht gerichtete sofortige Beschwerde der Nebenintervenientin wies der Senat mit Beschluss vom 31.03.2021, Az. 7 W 495/21, Bl. 147/149 d.A. zurück.

Mit Teilend- und Grundurteil vom 12.01.2022 wies das Landgericht München I, Az. 15 O 11883/20, die Klage ab. Darüber hinaus urteilte es, dass der Beklagten dem Grunde nach ein Anspruch auf Rückzahlung von – nach dem 31.07.2016 – gezahlter Geschäftsführervergütung zustehe. Zur Begründung seiner Entscheidung führte das Landgericht aus, dass dahinstehen könne, ob die Kündigung vom 26.05.2020 form- und fristgerecht erfolgt sei, ob ein wichtiger Grund für die außerordentliche fristlose Kündigung bestanden habe, ob eine Abmahnung erforderlich gewesen sei und ob der Gesellschafterbeschluss vom 26.05.2020 wirksam gefasst worden sei. Denn das Geschäftsführeranstellungsverhältnis des Klägers habe bereits zum 31.07.2016 mit Erreichung des 60. Lebensjahres des Klägers im Juli 2016 geendet.

Maßgeblich – jedenfalls bezüglich der Beendigung des Anstellungsverhältnisses – sei nämlich der „Geschäftsführervertrag“ vom 15.01.1991 laut Anl. B 9, der zeitlich nach dem Anstellungsvertrag vom 16.10.1990 laut Anl. A 2 geschlossen worden sei und schon allein deshalb der ausschlaggebende sei (LGu S. 6 zweiter Absatz). Die Vertragsergänzungen vom 20.12.1991, 20.12.1993, 18.12.1994 und 19.12.1998 betrafen jeweils nur die Vergütung, nicht aber die Beendigung des Vertrages. Hinsichtlich der Regelungen zur Beendigung des Vertrages sei die im Vertrag vom 15.01.1991 die zeitlich letzte. Auch die letzte Bezugnahme auf die Beendigung des Anstellungsvertrages sei bezüglich des Vertrages vom 15.01.1991 erfolgt. Da somit – jedenfalls hinsichtlich der Beendigung des

Geschäftsführeranstellungsvertrages – der Vertrag vom 15.01.1991 gelte, komme es auch nicht darauf an, ob – wie die Beklagte behauptet – der Vertrag vom 16.10.1990 eine Fälschung sei (LGU S. 7).

Der Beklagten stehe dem Grunde nach ein Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten Geschäftsführervergütung zu, da diese Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt sei, nachdem der Anstellungsvertrag zum 31.07.2016 geendet habe.

Im Übrigen wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Klageziel sowie sein Widerklageabweisungsziel weiter.

Der Kläger rügt insbesondere, dass das Landgericht bei seiner Entscheidung vollständig übergegangen habe, dass der Kläger auch nach Vollendung seines sechzigsten Lebensjahres weiterhin jedenfalls bis zur Kündigung am 26.05.2020 als Geschäftsführer der Beklagten tätig gewesen sei. Damit sei das Anstellungsverhältnis des Klägers entweder konkludent verlängert oder es sei sogar ein neues Dienstverhältnis vereinbart worden. Das Landgericht habe übersehen, dass der Vertrag vom 16.10.1990 laut Anl. A 2, auf den sich der Kläger berufe, keine Befristung enthalte. Die Ansicht des Landgerichts, dass sich die Frage der Beendigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers nach dem Vertrag vom 15.01.1991 laut Anl. B 9 bemesse, sei fehlerhaft. Selbst wenn man aber – wie die Beklagte – von der Anwendbarkeit des Vertrages vom 15.01.1991 laut Anl. B 9 ausgehe sei von den Parteien durch das weitere Tätigwerden des Klägers als Geschäftsführer für die Beklagte jedenfalls konkludent ein neuer Anstellungsvertrag geschlossen worden. Damit habe das Anstellungsverhältnis des Klägers entgegen der Ansicht des Landgerichts jedenfalls bis zur Kündigung am 26.05.2020 angedauert.

Das Landgericht hätte daher über die Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 26.05.2020 entscheiden müssen. Diese Kündigung sei in Ermangelung eines wichtigen Grundes unwirksam. Außerdem habe es an der erforderlichen Abmahnung gefehlt und seien die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB sowie die vertraglich vereinbarte Form für die Kündigungserklärung (Einschreiben) nicht eingehalten.

Da das Anstellungsverhältnis über den 31.07.2016 hinaus fortgedauert habe, sei auch der Ausspruch zur Widerklage fehlerhaft. Diese sei abzuweisen.

Der Kläger beantragt daher,

das Teilend- und Grundurteil des Landgerichts München I vom 12.01.2022 (Az.: 15 O 11883/20) abzuändern, der Klage vom 09.06.2020 vollumfänglich stattzugeben und die Widerklage vom 18.01.2021 abzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte verteidigt das landgerichtliche Urteil.

Eine stillschweigende Verlängerung des Anstellungsvertrages über den 31.07.2016 hinaus sei auch nicht nach § 625 BGB anzunehmen, da einer solchen Verlängerung auf unbestimmte Zeit die in § 12 Abs. 2 des Vertrages vom 15.01.1991 laut Anl. B 9 vereinbarte doppelte Schriftformklausel entgegenstehe. Das Landgericht sei auch zutreffend von der Geltung des Vertrages vom 15.01.1991

ausgegangen, der gegenüber dem Vertrag vom 16.10.1990, dessen Echtheit im Übrigen weiterhin bestritten werde, der zeitlich spätere sei und deshalb Geltung beanspruchen könne. Das Landgericht habe auch nicht den konkludenten Abschluss eines neuen Anstellungsvertrages übersehen. Denn nach dem eigenen Vortrag des Klägers sei diesem der Anstellungsvertrag vom 15.01.1991 gar nicht bewusst gewesen, weshalb ihm der für den Abschluss eines neuen Dienstvertrages erforderliche Geschäftswille gefehlt habe.

Aufgrund der Beendigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers zum 31.07.2016 sei auch die Widerklage begründet.

Der Senat hat am 22.03.2023 mündlich verhandelt. Auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 22.03.2023, die zwischen den Prozessbevollmächtigten gewechselten Schriftsätze und den übrigen Akteninhalt wird Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung des Klägers ist nur insoweit begründet, als das Landgericht zu Unrecht die Klage auf Zahlung der Geschäftsführervergütung vom 01.05.2020 bis 26.05.2020 zur Gänze abwies, und insoweit, als es auf die Widerklage urteilte, dass der Beklagten dem Grunde nach ein Anspruch gegen den Kläger auf Rückzahlung der nach dem 31.07.2016 gezahlten Geschäftsführervergütung zustehe. Im Übrigen ist die Berufung des Klägers unbegründet, da das Landgericht – wenn auch nur im Ergebnis – den Feststellungsantrag des Klägers, dass das Geschäftsführeranstellungsverhältnis des Klägers nicht durch die außerordentliche fristlose Kündigung vom 26.05.2020 beendet worden sei, zutreffend abgewiesen hat.

I.

Das Geschäftsführeranstellungsverhältnis des Klägers endete durch die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 26.05.2020.

1. Unzutreffend ist die Ansicht des Landgerichts, die Klage sei schon deshalb unbegründet, weil am 26.05.2020 gar kein Anstellungsverhältnis mit dem Kläger mehr bestanden habe, da das Anstellungsverhältnis des Klägers nach § 3 Nr. 5 des Geschäftsführervertrages vom 15.01.1991 laut Anl. B 9 mit Erreichen des 60. Lebensjahres bereits mit Ablauf des 31.07.2016 ohne weiteres geendet habe. Denn selbst wenn – wie es das Landgericht annahm und die Beklagte behauptet – der Vertrag vom 15.01.1991 gelten würde und deshalb das Anstellungsverhältnis grundsätzlich mit Ablauf des 31.07.2016 geendet haben sollte, so hätte es sich aufgrund der unterbrechungslosen Fortsetzung der Geschäftsführertätigkeit durch den Kläger jedenfalls bis zur Kündigung vom 26.05.2020 gemäß § 625 BGB auf unbestimmte Zeit verlängert. Denn die Gesellschafterversammlung der Beklagten und damit dasjenige Organ der Beklagten, das zur Entscheidung über das Anstellungsverhältnis des Klägers berufen war, wusste von der Weiterausübung der Geschäftsführertätigkeit durch den Kläger und hat dem nicht widersprochen. Vielmehr hat die Gesellschafterversammlung mit Beschluss vom 23.07.2019 sogar noch die „Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der G. P. O. GmbH“ laut Anl. B 20 erlassen, in der der Kläger ausdrücklich als weiter amtierender Geschäftsführer der Beklagten (wenn auch nur neben der Mitgeschäftsführerin A. R.) bezeichnet wurde. Ob die Gesellschafterversammlung der Beklagten dabei auch bekannt war, dass diese Tätigkeit nach (unterstelltem) Ablauf des Dienstverhältnisses ausgeübt wurde, ist für die Frage der Anwendbarkeit des § 625 BGB ohne Bedeutung (vgl. Weidenkaff in Grüneberg, BGB, 82. Auflage, München 2023, Rdnr. 2 aE zu § 625 BGB, Klumpp in BeckOGK zum BGB, Stand 01.08.2022, Rdnr. 19 zu § 625 BGB, Temming in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, Rdnr. 22 zu § 625 BGB; vgl. dazu auch BAG, Urteil vom 20.03.2018 – 9 AZR 479/17, Rdnr. 28 wo für eine Weiterbeschäftigung eines Auszubildenden nach Beendigung des

Berufsausbildungsverhältnisses gemäß § 24 BBiG die Kenntnis des Ausbildenden im ausdrücklichen Unterschied zur Regelung des § 625 BGB verlangt wird).

Entgegen der Ansicht der Beklagten scheidet die Anwendung des § 625 BGB auch nicht an der in § 12 Nr. 2 des Vertrages vom 15.01.1991 laut Anl. B 9 enthaltenen doppelten Schriftformklausel (vgl. Henssler in Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage, München 2023, Rdnr. 26 aE zu § 625 BGB, Müller-Glöge in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage, München 2023, Rdnr. 9 zu § 625 BGB und Temming in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, Rdnr. 39 zu § 625 BGB). Denn Sinn und Zweck doppelter Schriftformklauseln ist es grundsätzlich, Unsicherheiten über den Vertragsinhalt infolge nachträglicher mündlicher oder gar nur konkludenter Abreden der Vertragsparteien zu vermeiden. Derartige inhaltliche Unsicherheiten entstehen jedoch gerade nicht, wenn es – wie bei § 625 BGB – nur um die Verlängerung eines Vertrages mit unverändertem Inhalt geht, da die Weitererbringung der Tätigkeit durch den Dienstnehmer – wie auch im vorliegenden Fall – grundsätzlich unproblematisch feststellbar ist (vgl. Temming in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2022, Rdnr. 39 zu § 625 BGB und BAG, Urteil vom 04.08.1988 – 6 AZR 354/86, Rdnr. 15). Sonstige Anhaltspunkte, dass die Parteien in dem Vertrag vom 15.01.1991 die Regelung des § 625 BGB abbedingen wollten, lassen sich dem Vertrag nicht entnehmen.

Geht man dagegen mit dem Kläger davon aus, dass sich die Beendigung seines Anstellungsverhältnisses ausschließlich nach dem Vertrag vom 16.10.1990 laut Anl. A 2 bemesse, so hätte aufgrund der dann unbestimmten Laufzeit des Vertrages zum Kündigungszeitpunkt am 26.05.2020 ohne weiteres noch ein Anstellungsverhältnis bestanden.

Unter beiden Annahmen bestand daher am 26.05.2020 noch ein Anstellungsverhältnis des Klägers, das durch die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 26.05.2020 beendet werden konnte.

2. Voraussetzung für eine wirksame außerordentliche fristlose Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers ist zunächst, dass der Beschluss zu TOP 2 der Gesellschafterversammlung vom 26.05.2020 betreffend die außerordentliche fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages Klägers wirksam war. Denn ein wirksamer Gesellschafterbeschluss ist nicht nur interne Voraussetzung der Kündigung, sondern Wirksamkeitserfordernis (vgl. Beurskens in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Auflage, München 2022, Rdnr. 130 zu § 38 GmbHG und OLG Nürnberg, Urteil vom 22.12.2000 – 6 U 1604/00, Rdnr. 12 ff.).

Der Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 26.05.2020 zu TOP 2 (ebenso wie der zu TOP 1) war wirksam, insbesondere ist er mit der nach § 11 Nr. 3 GV erforderlichen Mehrheit von 80% der abgegebenen Stimmen gefasst worden.

a. Die Nebenintervenientin war bei der Gesellschafterversammlung vom 26.05.2020 stimmberechtigt.

aa. Zunächst greift hinsichtlich der Gesellschafterstellung und damit der Stimmberechtigung der Nebenintervenientin die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG, da die Nebenintervenientin unstreitig am 26.05.2020 in der zuletzt zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste der Beklagten als Inhaberin der Geschäftsanteile Nrn 3 und 4 aufgeführt ist.

bb. Im Übrigen führte der vom Kläger mit Schreiben seines damaligen anwaltlichen Vertreters vom 08.05.2020 erklärte Rücktritt von den Kauf- und Abtretungsverträgen vom 17.08.2016 und 21.12.2018 wegen der nicht erfolgten Zahlung des Kaufpreises für die Geschäftsanteile Nrn 3 und 4 der Beklagten durch die Nebenintervenientin – die Wirksamkeit des Rücktritts des Klägers unbeschadet des Fehlens einer Nachfristsetzung und unbeschadet des Bestreitens einer Zahlungsverpflichtung der Nebenintervenientin durch die Beklagte unterstellt – auch nicht zu einer Rückübertragung der

Geschäftsanteile Nrn 3 und 4 auf den Kläger. Denn ein wirksamer Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB führt nur Begründung eines schuldrechtlichen Rückgewährschuldverhältnisses nach § 346 BGB, aufgrund dessen der Rückgewährschuldner – hier die Nebenintervenientin – nach § 346 Abs. 1 BGB verpflichtet ist, die an sie vom Kläger in Erfüllung der Kauf- und Abtretungsverträge übertragenen Geschäftsanteile Nrn 3 und 4 auf den Kläger zurück zu übertragen. Der Rücktritt bewirkt jedoch nicht die Unwirksamkeit der in Erfüllung der Kauf- und Abtretungsverträge von den Parteien vorgenommenen Verfügungsgeschäfte und damit der Anteilsübertragungen. Die Geschäftsanteile Nrn 3 und 4 sind damit auch nicht mit dem Rücktritt kraft Gesetzes an den Kläger zurückgefallen.

b. Der Kläger unterlag dagegen bei der Beschlussfassung am 26.05.2020 zu TOP 2 einem Stimmrechtsverbot, da es um die außerordentliche fristlose Kündigung seines Geschäftsführeranstellungsvertrages aus wichtigem Grund (TOP 2) ging. Ein solcher wichtiger Grund lag auch vor.

Ein wichtiger Grund hinsichtlich der Geschäftsführerstellung ist anzunehmen, wenn der Beklagten eine weitere organschaftliche Vertretung durch den Kläger nicht mehr zumutbar war. Hinsichtlich der Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers liegt ein wichtiger Grund vor, wenn eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zu einem ordentlichen Ablauf unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile dem Kündigenden nicht zugemutet werden kann. Dabei ist nicht nur zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles geeignet ist, einen wichtigen Grund zu bilden, vielmehr müssen bei der zusätzlich erforderlichen Interessenabwägung alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles daraufhin abgewogen werden, ob es dem Kündigenden unzumutbar ist, das Dienstverhältnis bis zum Ablauf der Frist für die ordentliche Kündigung fortzusetzen (BGH, Urteil vom 02.06.1997 – II ZR 101/96, Rdnr. 6).

Dadurch dass der Kläger am 27.04.2020, ohne zuvor die dafür nach der Geschäftsordnung der Beklagten laut Anl. B 20 erforderliche Zustimmung der Geschäftsführerin R. erforderliche Zustimmung erhält zu haben, 240.000,00 € vom Konto der Beklagten auf sein Privatkonto überwies, liegt ein solcher wichtiger Grund sowohl für die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten als auch für die außerordentliche fristlose Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers mit der Beklagten vor.

aa. Eine Befugnis des Klägers, aus dem Vermögen der Beklagten 240.000,00 € zu entnehmen und diese seinem eigenen Vermögen zuzuführen, bestand nicht, da der Kläger zum Überweisungszeitpunkt am 27.04.2020 keinen fälligen Zahlungsanspruch in dieser Höhe gegen die Beklagte hatte.

bb. Mit seiner Behauptung, er habe die Überweisung in treuhänderischer Absicht vorgenommen, um Schaden von der Beklagten abzuwenden, da er den Entzug der Kontovollmacht durch die Mitgeschäftsführerin R. habe fürchten müssen, die 240.000,00 € aber am 27.04.2020 zur Begleichung einer Verbindlichkeit der Beklagten in dieser Höhe aus einem unmittelbar bevorstehenden, von ihm ausgehandelten Vergleichsabschluss in einem Bauprozess benötigt worden seien, vermag der Kläger den Senat nicht zu überzeugen. Vielmehr geht der Senat davon aus, dass sich der Kläger die 240.000,00 € überwies, um damit die Zahlung seines Geschäftsführergehalts sowie von Miete und Bürokostenpauschale an sich auch für den Fall sicherzustellen, dass die Geschäftsführerin R. diese Zahlungen an ihn in Zukunft nicht mehr leisten werde. Diese Überzeugung entnimmt der Senat der Klageschrift des früheren Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 19.06.2020 laut Anl. B 1, S. 7 zweiter Absatz, im Beschlussmängelverfahren vor dem Landgericht München I (Az. 12 HK O 7622/20) hinsichtlich des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 26.05.2020, in dem der Kläger als Grund für die Überweisung der 240.000,00 € am 27.04.2020 angab, dass diese Überweisung nur erfolgt sei, „um die Liquidität der Beklagten sicherzustellen. Was der Kläger befürchtet (habe, sei) eingetreten, nämlich, dass die Geschäftsführerin R. keine Zahlungen mehr

vor(nehme). Für Mai 2020 (sei) weder das Gehalt des Klägers noch Miete noch Bürokostenpauschale gezahlt (worden). (...) Die Überweisung des Betrages von 240.000,00 EUR (sei) nur aus Sicherheitsgründen erfolgt.“

Den Erklärungsversuch des Klägers, er habe die 240.000,00 € zur Erfüllung eines von ihm noch abzuschließenden Vergleichs in einem Baurechtsstreit der Beklagten bezüglich des Objekts G.weg 9 in M. benötigt, erachtet der Senat im Hinblick auf die Stellungnahme des Prozessbevollmächtigten der Beklagten in dem Baurechtsstreit betreffend das Objekt G.weg 9, Rechtsanwalt K., vom 11.01.2021 laut Anl. B 2 für nicht glaubhaft. Denn daraus ergibt sich zwar, dass der Kläger für die Beklagte im März 2020 Vergleichsverhandlungen mit dem damaligen Prozessgegner führte, Rechtsanwalt K. für die Beklagte dem gegnerischen Rechtsanwalt jedoch bereits am 20.04.2020, also nur sieben Tage vor der streitgegenständlichen Überweisung, mitgeteilt hatte, dass ein Vergleich nicht abgeschlossen werden könne, da die Ansprüche gegen die Beklagte möglicherweise verjährt seien. Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum nur wenige Tage später ohne Einschaltung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten und ohne, dass dieser von einem beabsichtigten Vergleichsschluss etwas wusste, im Baurechtsstreit die Beklagte nun doch im Vergleichswege hätte zahlen sollen. Unklar ist auch, warum der angeblich unmittelbar bevorstehende Vergleichsabschluss dann doch nicht zustande kam.

Gegen die Glaubhaftigkeit des nunmehrigen Erklärungsansatzes des Klägers spricht auch, dass es keine Erklärung für die Diskrepanz zwischen dem im Beschlussmängelverfahren 12 HK O 7622/20 vom Kläger erbrachten Vortrag zu der Überweisung vom 27.04.2020 einerseits und seinem nunmehrigen Vortrag im streitgegenständlichen Verfahren gibt. Dass der Kläger nunmehr den angeblich bevorstehenden Vergleichsabschluss als Erklärungsansatz präferiert und weiterverfolgt, ist aus Sicht des Senats allerdings leicht damit erklärbar, dass der Kläger die Überweisung vom 27.04.2020 damit in einem milderen Licht erscheinen lassen will. Dass der Kläger als Verwendungszweck der Rücküberweisung vom 05.05.2020 (nicht der ursprünglichen Überweisung vom 27.04.2020) „G9“ (wohl G.weg 9 gemeint) angab, sagt über den tatsächlichen Beweggrund für die Überweisung nichts aus. Ebenso wenig lässt der in der Überweisung vom 27.04.2020 angegebene Verwendungszweck „TREUHANDUEBERTRAG“ die Überweisung in einem milderen Licht erscheinen. Denn entscheidend ist nur, dass das Geld auf ein Privatkonto des Klägers überwiesen wurde.

cc. Selbst wenn der Kläger aber – wovon der Senat aber wie oben unter bb dargelegt nicht überzeugt ist – die Überweisung vom 27.04.2020 in der Absicht des Vollzugs eines noch abzuschließenden Vergleichs im Baurechtsstreit G.weg 9 getätigt haben sollte, so würde auch dieses Verhalten einen wichtigen Grund für die außerordentliche fristlose Kündigung seines Anstellungsvertrages darstellen. Denn auch eine etwaige Befürchtung des Klägers, „dass sich an den treuwidrigen Abberufungsversuch (als Teil des Angriffs auf seine Stellung als geschäftsführender Gesellschafter) schlimmstenfalls auch die Sperrung seines Zugriffs auf die Konten der Beklagten anschließen könnte“ (vgl. Schriftsatz des Beklagtenvertreters vom 10.02.2021, S. 4, Bl. 114 d.A.), rechtfertigt eine Überweisung von 240.000,00 € von einem Konto der Beklagten auf ein Privatkonto des Klägers nicht. Dabei würde es sich nämlich um einen unzulässigen Akt präventiver Selbsthilfe handeln. Wenn der Kläger derartige Befürchtungen hinsichtlich des Vorgehens der Nebenintervenientin und der Mitgeschäftsführerin R. hegt und dies für rechtswidrig hält, muss er dagegen gerichtlich, gegebenenfalls im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, vorgehen. Keinesfalls kann er aber Geld auf seinem Privatkonto „in Sicherheit bringen“, um „Angriffe“ der Mitgesellschafterin auf seine Stellung abzuwehren.

dd. Die Überweisung der 240.000,00 € am 27.04.2020 ist aber auch unabhängig vom Beweggrund des Klägers für die Überweisung (Sicherung von Zahlungen an sich oder – wie der Kläger behauptet – Sicherstellung der Vergleichsdurchführung) ein schwerer Pflichtverstoß, da der Kläger damit gegen die vom ihm als Gesellschafter selbst mitbeschlossene „Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der G. P. O. GmbH“ vom 23.07.2019 laut Anl. B 20 verstieß, wonach der Kläger im Innenverhältnis unbeschadet seiner Alleinvertretungsbefugnis im Außenverhältnis hierfür die vorherige (jedenfalls

mündliche) Zustimmung der Mitgeschäftsführerin R. hätte erholen müssen. Dieses Versäumnis wiegt umso schwerer, da nach dem vom Kläger nicht bestrittenen (siehe hierzu den Schriftsatz des Klägerevertreters vom 26.07.2021, 8 ff., Bl. 172 ff. d.A.) Vortrag der Beklagten die Geschäftsordnung laut Anl. B 20 gerade deshalb vereinbart worden sei, um „weiteren nicht abgestimmten Zahlungen, die bereits Gegenstand von Beanstandungen waren (Geschäftsführergehälter und Büroservicepauschalen) einen Riegel vorzuschieben“ (vgl. Schriftsatz des Klägerevertreters vom 16.02.2021, S. 6, dritter Absatz, Bl. 124 d.A.). Allein dieser Verstoß gegen die Geschäftsordnung rechtfertigt die Annahme eines wichtigen Grundes für die außerordentliche fristlose Kündigung des Anstellungsvertrages des Klägers, zumal die Überweisung sowohl nach der Sachverhaltsversion des Klägers als auch nach der vom Senat angenommenen gerade erfolgte, um den Willen der Mitgeschäftsführerin R. zu konterkarieren, und damit nicht nur aus Versehen, sondern absichtlich (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 16.09.1991 – 15 U 238/97, Rdnr. 41). Auch zu dem von ihm behaupteten unmittelbar bevorstehenden Vergleichsabschluss im Baurechtsstreit bezüglich des Anwesens G.weg 9 hätte der Kläger die vorherige Zustimmung der Mitgeschäftsführerin R. einholen müssen.

ee. Die unbefugte Überweisung der 240.000,00 € am 27.04.2020 erscheint auch dadurch nicht in einem milderen Licht, dass der Kläger den Betrag in Höhe von 240.000,00 € bereits am 05.05.2020 von seinem Privatkonto auf das Konto der Beklagten zurücküberwies. Denn dadurch wird das durch die unbefugte Überweisung erschütterte Vertrauen in die Redlichkeit des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten nicht wiederhergestellt. Auch nach der Rückzahlung stand nämlich weiter zu befürchten, dass der Kläger bei einer erneuten Streitigkeit mit der Nebenintervenientin und/oder der Mitgeschäftsführerin R. wiederum im Wege der Selbsthilfe zur Schaffung vollendeter Tatsachen zu seinen Gunsten schreiten würde. Im Übrigen ist die Rücküberweisung auch nichts weiter als die Wiederherstellung eines rechtskonformen Zustands, nachdem der Kläger unstreitig weder am 27.04.2020 noch am 05.05.2020 einen Anspruch auf Zahlung von 240.000,00 € gegen die Beklagte hatte.

ff. Auch die Tatsache, dass der Kläger bis zur Kündigung am 26.05.2020 mehrere Jahrzehnte Geschäftsführer der Beklagten war, nimmt dem in der unbefugten Überweisung vom 27.04.2020 liegenden Verstoß gegen die dem Kläger obliegenden Pflichten als Geschäftsführer der Beklagten schon allein in Anbetracht der Höhe des Überweisungsbetrages von 240.000,00 € nichts von seiner Schwere.

gg. Schließlich führt auch die vorzunehmende Abwägung aller Umstände des Einzelfalles nicht dazu, dass es der Beklagten nach der Überweisung vom 27.04.2020 zumutbar gewesen wäre, das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger noch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Denn damit hätte das Geschäftsführeranstellungsverhältnis sowohl nach dem vom Kläger behaupteten Anstellungsvertrag vom 16.10.2020 (dort § 2 Nr. 2 S. 1) als auch nach dem vom Landgericht und der Beklagten als relevant angesehenen Vertrag vom 15.01.1991 laut Anl. B 9 (dort § 3 Nr. 1) erst zum 31.12.2020 geendet. Insbesondere in Anbetracht der Höhe des Überweisungsbetrages von 240.000 € und der Absichtlichkeit der Pflichtverletzung des Klägers war es der Beklagten nicht zumutbar, das Anstellungsverhältnis mit dem Kläger noch mehr als sechs Monate fortzusetzen. Das Interesse des Klägers an der Fortsetzung des Anstellungsverhältnisses und insbesondere an der Fortzahlung seiner Vergütung bis Ende des Jahres 2020 muss dahinter zurückstehen.

Nach alledem bildet bereits die Überweisung vom 27.04.2020 allein einen wichtigen Grund für die außerordentliche fristlose Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers mit der Beklagten (wie im Übrigen auch für die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten), sodass es auf die weiteren, von der Beklagten behaupteten Kündigungsgründe nicht mehr ankommt.

Aufgrund der Stimmberechtigung der Nebenintervenientin und des Stimmverbots des Klägers bei der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung zu TOP 2 wurden die Beschlussvorschläge zu TOP 2 einstimmig angenommen und ist damit die nach § 11 Nr. 3 S. 1 GV erforderliche Mehrheit von 80% der abgegebenen Stimmen erreicht.

Da der Kläger zumindest hinsichtlich des hier relevanten Beschlusses zu TOP 2 vom 26.05.2020 in seiner Klage vom 19.06.2020 laut Anl. B 1 im Verfahren des Landgerichts München I, Az. 12 HK O 7622/20 weitere Beschlussmängel nicht vorgetragen hat, war der Beschluss TOP 2 (wie im Übrigen auch der zu TOP 1) wirksam.

3. Entgegen der Ansicht des Klägers war auch die außerordentliche fristlose Kündigung seines Anstellungsverhältnisses vom 26.05.2020 wirksam.

a. Wie oben unter 2 b dargelegt lag ein wichtiger Grund für die außerordentliche fristlose Kündigung vor.

b. Die außerordentliche fristlose Kündigung vom 26.05.2020 erfolgte auch innerhalb der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB.

aa. Nach der Rechtsprechung des BGH ist für den Fristbeginn nach § 626 Abs. 2 BGB ausschlaggebend, wann der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Bei juristischen Personen – wie hier der Beklagten als GmbH – ist grundsätzlich die Kenntnis des zur Kündigung berechtigten Organs entscheidend, bei der GmbH also diejenige der Gesellschafterversammlung. Da die Gesellschafterversammlung ein Kollegialorgan ist, das seinen Willen durch Beschlussfassung bilden muss, kommt es für die Wissenszurechnung an die Gesellschaft nur auf die Kenntnis der Organmitglieder in ihrer Eigenschaft als Mitwirkende an der kollektiven Willensbildung an. Kenntnis der Gesellschafter als kollegiales Beratungs- und Beschlussorgan liegt daher erst dann vor, wenn der für die Tatsachenkenntnis maßgebliche Sachverhalt hinsichtlich der Entlassung des Geschäftsführers einer Gesellschafterversammlung (§ 48 Abs. 1 GmbHG) unterbreitet wird. § 626 Abs. 2 BGB beruht auf dem Gedanken, dass der Berechtigte aus seiner Kenntnis die seiner Ansicht nach gebotenen Konsequenzen ziehen kann; hierzu sind die Gesellschafter, selbst wenn sie sämtlich als einzelne außerhalb einer Gesellschafterversammlung Kenntnis vom Kündigungssachverhalt erlangt haben, nicht ohne den Zusammentritt als Kollegialorgan in der Lage (BGH, Urteil vom 15.06.1998 – II ZR 318/96, Rdnr. 6).

Da der Zusammentritt der Gesellschafterversammlung am 26.05.2020 war und die Kündigung gegenüber dem Kläger noch am selben Tag durch Übergabe des Kündigungsschreibens ausgesprochen wurde, ist unter Zugrundelegung der oben dargelegten Rechtsprechung des BGH die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 S. 1 BGB grundsätzlich ohne weiteres eingehalten.

bb. Jedoch darf dem betroffenen Geschäftsführer nach Sinn und Zweck des § 626 Abs. 2 BGB nicht zugemutet werden, bis zu einem unabsehbaren Zusammentritt der Gesellschafterversammlung zuwarten zu müssen. Wird daher die Einberufung der Gesellschafterversammlung einer GmbH von ihren einberufungsberechtigten Mitgliedern nach Kenntniserlangung von dem Kündigungssachverhalt unangemessen verzögert, so muss sich die Gesellschaft nach der Rechtsprechung des BGH so behandeln lassen, als wäre die Gesellschafterversammlung mit der billigerweise zumutbaren Beschleunigung einberufen worden (vgl. BGH, Urteil vom 15.06.1998 – II ZR 318/96, Rdnr. 7).

Eine solche Verzögerung liegt streitgegenständlich jedoch nicht vor, da die Überweisung der 240.000,00 € auf das Konto des Klägers, auf die die Kündigung gestützt ist, am 27.04.2020 erfolgte und jedenfalls vor dem 05.05.2020 der einberufungsberechtigten Geschäftsführerin R. bekannt wurde, nachdem die Rücküberweisung vom 05.05.2020 durch den Kläger auf Aufforderung der

Geschäftsführerin R. vorgenommen wurde. Selbst wenn die Überweisung vom 27.04.2020 der Geschäftsführerin R. durch Kenntnisnahme des Kontoauszugs vom 28.04.2020 laut Anl. B 5 am 28.04.2020 bekannt geworden sein sollte, lägen zwischen der Kenntniserlangung der einberufungsberechtigten Geschäftsführerin R. vom Kündigungsgrund und der Einberufung der Gesellschafterversammlung durch letztere mit Schreiben vom 07.05.2020 unter Berücksichtigung des Maifeiertages und Wochenendes nur fünf Arbeitstage, was keine unangemessene Verzögerung begründet. Auch die Anberaumung der außerordentlichen Gesellschafterversammlung auf den 26.05.2020 stellt in Anbetracht der nach dem Gesellschaftsvertrag zweiwöchigen Einberufungsfrist und der einzuberechnenden Postlaufzeit für das Einladungsschreiben auch in der Zusammenschau mit dem zwischen Kenntniserlangung und Einberufung liegenden Zeitraum von fünf Arbeitstagen keine unangemessene Verzögerung dar.

Selbst wenn man dies jedoch – wie nicht – annehmen sollte, müsste sich die Gesellschaft dann nur so behandeln lassen, als wäre die Gesellschafterversammlung mit der billigerweise zumutbaren Beschleunigung einberufen worden (BGH, Urteil vom 15.06.1998 – II ZR 318/96, Rdnr. 7). Auch bei größtmöglicher Beschleunigung wäre aber der Zeitraum zwischen dem fiktiv vorzuerlegenden Zeitpunkt der Kenntniserlangung vom Kündigungsgrund durch die Gesellschafterversammlung und der Übergabe der Kündigungserklärung am 26.05.2020 nicht länger als die zwei Wochen gemäß § 626 Abs. 2 S. 1 BGB.

cc. An diesen Grundsätzen der Kenntniserlangung durch die Gesellschafterversammlung ändert sich auch dadurch nichts, dass es sich bei der Beklagten um eine zweigliedrige Gesellschaft mit dem Kläger und der Nebenintervenientin als Gesellschafter handelt und zur Entscheidung über die außerordentliche fristlose Kündigung in der Gesellschafterversammlung nur die Nebenintervenientin berufen war, da in Bezug auf den Kläger, nachdem in seiner Person ein wichtiger Grund für die außerordentliche fristlose Kündigung tatsächlich vorlag (vgl. oben unter 2 b), ein Stimmverbot nach § 47 GmbHG bestand. Denn der BGH hat die oben angewandten Grundsätze für die Kenntniserlangung auf der Basis einer Gesellschaft mit nur zwei Gesellschaftern entwickelt, von denen der eine einem Stimmverbot unterlag, da es um die Kündigung seines Anstellungsvertrages aus wichtigem Grund ging (vgl. BGH, Urteil vom 15.06.1998 – II ZR 318/96, Rdnr. 8 aE).

c. Eine außerordentliche fristlose Kündigung eines Anstellungsverhältnisses unterliegt auch keinem Begründungserfordernis, sodass es nicht darauf ankommt, ob in dem Kündigungsschreiben vom 26.05.2020 laut Anl. A 1 hinreichende Gründe für die Kündigung angegeben waren. Entscheidend ist vielmehr allein, ob tatsächlich ein hinreichender Grund vorlag, was – wie oben unter 2 b dargelegt – der Fall war.

d. Das Fehlen einer Abmahnung des Klägers durch die Beklagte führt nicht zur Unwirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung, da auch nach der Schuldrechtsreform einer außerordentlichen fristlosen Kündigung eines Geschäftsführeranstellungsvertrages eine Abmahnung schon deshalb nicht vorangehen muss, weil ein Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft Arbeitgeberfunktionen wahrzunehmen hat und diese Funktionszuweisung einen besonderen Umstand iSd. § 314 Abs. 2 BGB darstellt (vgl. BGH, Beschluss vom 02.07.2007 – II ZR 71/06). Selbst wenn aber – wie nicht – entgegen der Rechtsprechung des BGH auch bei einem Geschäftsführer einer GmbH nach § 314 Abs. 2 S. 1 BGB von der grundsätzlichen Notwendigkeit einer Abmahnung ausgegangen werden sollte, so wäre eine solche im streitgegenständlichen Fall schon deshalb gemäß § 314 Abs. 2 S. 3 BGB entbehrlich, da durch die unbefugte Überweisung vom 27.04.2020 der Vertrauensbereich betroffen ist.

e. Schließlich steht der Wirksamkeit der außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 26.05.2020 auch nicht entgegen, dass das Kündigungsschreiben dem Kläger nicht per eingeschriebenen Brief zugeht,

sondern ihm von der Mitgeschäftsführerin R. im Anschluss an die Gesellschafterversammlung vom 26.05.2020 persönlich übergeben wurde.

Sofern sich der Kläger insoweit auf § 2 Nr.2 S. 1 des von ihm behaupteten Anstellungsvertrags vom 16.10.1990 laut Anl. A 2 beruft, so führt die bloße persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens vom 26.05.2020 an ihn unbeschadet der Frage, ob sich das Erfordernis der Kündigungsübermittlung ohnehin nur auf eine ordentliche, nicht aber auch auf die hier streitgegenständliche außerordentliche fristlose Kündigung bezieht, nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung vom 26.05.2020. Denn die (unterstellt geltende) Klausel „mit eingeschriebenem Brief“ beinhaltet die Abrede der Schriftform für die Kündigungserklärung und zusätzlich die Vereinbarung der besonderen Übersendungsart durch einen eingeschriebenen Brief. Bei einer solchen Klausel hat die Schriftform konstitutive Bedeutung im Sinne von § 125 Satz 2 BGB, während die Versendung als Einschreibebrief nur den Zugang der Kündigungserklärung sichern soll. Deswegen ist bei einer solchen Klausel regelmäßig nur die Schriftform als Wirksamkeitserfordernis für die Kündigungserklärung vereinbart, dagegen kann ihr Zugang auch in anderer Weise als durch einen Einschreibebrief wirksam erfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 23.01.2013 – XII ZR 35/11, Rdnr. 8).

Nach alledem beendete die außerordentliche fristlose Kündigung vom 26.05.2020 mit ihrem Zugang beim Kläger am selben Tag das bis dahin bestehende Geschäftsführeranstellungsverhältnis des Klägers bei der Beklagten, sodass die Berufung des Klägers insoweit unbegründet ist und die Klage insoweit abgewiesen bleibt.

II.

1. Der Kläger hat gegen die Beklagte Anspruch auf Zahlung von Geschäftsführervergütung in Höhe von 4.193,55 € brutto für den Zeitraum vom 01.05.2020 bis 26.05.2020.

a. Da – entgegen der Annahme des Landgerichts (dazu vgl. oben unter I.) – das Geschäftsführeranstellungsverhältnis des Klägers auch noch im Zeitraum vom 01.05.2020 bis 26.05.2020 bestand und dem Kläger unstreitig für diesen Zeitraum von der Beklagten keine Vergütung mehr bezahlt wurde, hat der Kläger für diesen Zeitraum gemäß § 611 Abs. 1 BGB noch Anspruch auf Zahlung von Vergütung. Für den späteren Zeitraum vom 27.05.2020 bis 31.05.2020, für den der Kläger ebenfalls Vergütungsansprüche geltend macht, kann er dagegen keine Vergütung mehr verlangen, da sein Anstellungsverhältnis infolge der außerordentlichen fristlosen Kündigung vom 26.05.2020 zu diesem Zeitpunkt bereits beendet war.

b. Da das monatliche Bruttogeschäftsführergehalt des Klägers nach seinem unbestrittenen Vortrag in der Klageschrift (dort S. 3 letzter Absatz, Bl. 7 d.A.) zuletzt 5.000,00 € betrug, ist dieser Betrag auch für den Monat Mai 2020 zu Grunde zu legen. Damit errechnet sich für den Zeitraum vom 01.05.2020 bis einschließlich 26.05.2020 ein Vergütungsanspruch des Klägers in Höhe von 4.193,55 € brutto.

Ein darüber hinausgehender Vergütungsanspruch für den Monat Mai 2020 besteht – wie oben dargelegt – nicht, sodass die Klage insoweit abgewiesen bleibt.

2. Nachdem nach dem ebenfalls unstreitigen Vortrag des Klägers die monatliche Vergütungszahlung zum Monatsende fällig wurde, ist der Betrag von 4.193,55 € ab dem 01.06.2020 und – wie vom Kläger nur beantragt – mit fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

III.

Da nach den obigen Ausführungen unter I zwischen den Parteien entgegen der Ansicht des Landgerichts im Zeitraum vom 01.08.2016 bis 26.05.2020 ein Geschäftsführeranstellungsverhältnis

bestand, erfolgten die monatlichen Vergütungszahlungen der Beklagten an den Kläger im Zeitraum vom 01.08.2016 bis 30.04.2020 mit Rechtsgrund, sodass der Ausspruch des Landgerichts in Ziffer 2 des Tenors seines Urteils aufzuheben war. Der vom Landgericht angenommene Anspruch der Beklagten gegen den Kläger auf Rückzahlung von Vergütung in Höhe von insgesamt 225.000,00 € (45 Monate x 5.000,00 €) aus § 812 Abs. 1 BGB besteht somit schon dem Grunde nach nicht, sodass die Widerklage insgesamt abzuweisen war.

C.

I. Der Ausspruch zu den Kosten folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO und berücksichtigt das jeweilige Obsiegen und Unterliegen der Parteien. Der Senat geht dabei von einem Obsiegen des Klägers bezüglich der Klage in Höhe von 4.193,55 € und bezüglich der Widerklage in Höhe von 225.000,00 € und damit insgesamt in Höhe von 229.193,55 € aus. Der Kläger unterliegt dagegen mit seinem Feststellungsantrag, der gemäß § 42 Abs. 1 GKG mit 144.000,00 € ($12 \times 3 \times 5.000,00 \times 0,8$) zu bemessen ist.

Die Kosten der Nebenintervention, die sich nur auf die Klage erstreckte, waren gemäß § 101 Abs. 1 ZPO entsprechend dem Obsiegen der Beklagten hinsichtlich der Klage vom Kläger zu tragen. Im Übrigen trägt die Nebenintervenientin ihre Kosten selbst. Dies ergibt bei einem Wert der Klage von insgesamt 149.000,00 € (144.000,00 € + 5.000,00 €) und einem diesbezüglichen Obsiegen der Beklagten mit 144.806,45 € (144.000,00 € + 806,45 €) eine Quote von 97% zu Lasten des Klägers und von 3% zu Lasten der Nebenintervenientin.

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

III. Die Revision war nicht zuzulassen, da ein Revisionsgrund nicht vorliegt.

Entscheidung 5 - OLG Saarbrücken Urt. v. 14.6.2023 – 1 U 91/22

Gründe:

A.

Die Parteien sind als jeweils einzelvertretungsberechtigte und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführer der (im Folgenden: X. GmbH) im Handelsregister eingetragen.

Die X. GmbH ist ihrerseits im Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB eingetragen. Ihr Unternehmensgegenstand ist auf den Erwerb, die Entwicklung, die Vermietung und Verpachtung von Grundbesitz entweder durch die Gesellschaft auf eigene Rechnung oder durch Beteiligung an anderen Gesellschaften gerichtet. Hinsichtlich der Abberufung eines Geschäftsführers sind in der Satzung der X. GmbH keine Regelungen getroffen. Alleinige Gesellschafterin der X. GmbH ist die X1 GmbH & Co KG (im Folgenden: X1 GmbH & Co KG). Letztere ist nicht nur Alleingesellschafterin der X. GmbH, vielmehr ist sie zugleich alleinige Kommanditistin einer Reihe von Objektkommanditgesellschaften, die deutschlandweit verschiedene Gewerbeimmobilien (Bürohäuser, Einzelhandel, Outlet Center) in ihrem Bestand halten oder entsprechende Immobilienprojekte realisieren und deren alleinige Komplementärin wiederum die X. GmbH ist.

Alleinige Komplementärin der X1 GmbH & Co KG ist die X2 GmbH mit Sitz in Saarbrücken. Alleinige Kommanditistin der X1 GmbH & Co KG ist die niederländische A1 B.V. mit Sitz in A, die zugleich auch alleinige Gesellschafterin der X2 GmbH als auch alleinige Kommanditistin bzw. alleinige Gesellschafterin mehrerer weiterer Objekt(kommandit) gesellschaften ist. Als einzelvertretungsberechtigter alleiniger Geschäftsführer der X2 GmbH ist derzeit der Verfügungskläger im Handelsregister eingetragen (vgl. AS 7, GA 137).

Die Gesellschaftsanteile der niederländischen A1 B.V. werden zu 32% von dem Verfügungskläger gehalten, zu weiteren 34% von der X3 Ltd mit Sitz in Tel Aviv und schließlich zu 33% von diversen i Investoren. Der Verfügungskläger und die X3 Ltd, deren Geschäftsführer die Herren Y. M. – der Bruder des Verfügungsbeklagten – und T. H. sind, sind jeweils zu 50% paritätisch stimmberechtigte Gesellschafter in der A1 B.V., die Investoren haben kein Stimmrecht. Geschäftsführerin der A1 B.V. war bis August 2022 die niederländische B1 B. V., eine unabhängige Treuhänderin der T1-Gruppe.

Hintergrund dieser gesellschaftsrechtlichen Konstruktion ist ein im Jahr 2014 von dem Verfügungskläger und der X3 Ltd gegründetes Joint Venture, die sog. A1-Gruppe, an deren Spitze die A1 B.V. steht. Im Rahmen dieses Joint Venture war es Aufgabe der X3 Ltd, von i Anlegern Mittel zur Finanzierung von Immobilienobjekten zu beschaffen und die gezahlten Anlagebeträge zu verwalten, während der Verfügungskläger jedenfalls bis 2021 das operative Tagesgeschäft der operativen Gesellschaften der A1 Gruppe, einschließlich dasjenige der X. GmbH, führte. Zur Veranschaulichung der gesamten Gruppenstruktur wird auf die Anlage AS 1, GA 29, Bezug genommen. Nachdem die X3 Ltd im Laufe des Jahres 2021 eine Reihe bedenklicher Zahlungen des Verfügungsklägers und Geschäftsvorfälle im operativen Geschäft der A1 Gruppe beanstandet hatte, übernahm der Verfügungsbeklagte, der bereits im Jahr 2015 zum weiteren Geschäftsführer der X. GmbH berufen worden war, ebenfalls als Geschäftsführer das Tagesgeschäft der X. GmbH.

Die Finanzierung der Objektkommanditgesellschaften bzw. der A1 Gruppe erfolgte über Darlehen israelischer Anleger, durch Bankdarlehen und seit dem Jahr 2019 darüber hinaus auch über eine von der Börsenaufsicht überwachte Treuhand-Anleihe (sogenannte X-Anleihe). Die Darlehen der i Anleger wurden vermittelt durch verschiedene israelische I. Zweckgesellschaften, die jeweils einer Objektkommanditgesellschaft ein Darlehen gewährten. Die Treuhand-Anleihe betrifft insgesamt sieben Objektkommanditgesellschaften und wurde mit Wertpapierprospekt vom 24.6.2019 (GA 824 ff.) beworben. Bereits am 12.4.2019 war dazu ein Treuhandvertrag zwischen der X1 GmbH & Co KG und der Treuhandgesellschaft Sü GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Mü geschlossen worden (GA 962 ff.). Die betroffenen Objektkommanditgesellschaften erzielten auf diese Weise Anleihen in Höhe

von etwa 12 Millionen €, denen die im Prospekt abgedruckten Anleihebedingungen (GA 905 ff.) zugrunde gelegt wurden. Die Kommanditanteile der X1 GmbH & Co KG an den von der Anleihe erfassten Objektkommanditgesellschaften wurden zu Gunsten der Treuhänderin verpfändet. Der Treuhandvertrag wurde zwischenzeitlich mit zwei Schreiben des Treuhänders vom 20.4.2022 und 18.5.2022 (GA 981 f.) gekündigt.

Ab Anfang des Jahres 2021 waren zunehmend Streitigkeiten zwischen den stimmberechtigten Gesellschaftern der A1 B.V. aufgekommen, die schließlich dazu führten, dass die B1 B.V. als Geschäftsführerin der A1 B.V. auf Aufforderung der X3 Ltd am 4.10.2021 in einer Gesellschafterversammlung der X2 GmbH den Verfügungsbeklagten zum weiteren Geschäftsführer der X2 GmbH bestimmte und die Einzelvertretungsberechtigung des Verfügungsklägers aufhob. Darüber hinaus wurde dem Verfügungsbeklagten Einzelvertretungsberechtigung hinsichtlich der Ausübung und Wahrnehmung der Gesellschafterrechte der X Objekt GmbH & Co. KG in der Gesellschafterversammlung der X. GmbH erteilt. Bei dieser Beschlussfassung wurde die B1 B.V. von D. S. vertreten (vgl. Anlage AS 8, GA 138 ff.). Am 5.10.2021 beschloss die Gesellschafterversammlung der X. GmbH durch den Verfügungsbeklagten als Vertreter der Alleingesellschafterin X1 GmbH & Co KG u. a., die Einzelvertretungsberechtigung der beiden Geschäftsführer aufzuheben (vgl. Anlage AS 9, GA 141 ff.). Am 24. bzw. 26.12.2021 bestätigten die Gesellschafterversammlungen der X2 GmbH, vertreten durch die B1 B.V. als Geschäftsführerin der Alleingesellschafterin A1. B.V., und der X. GmbH, vertreten durch den Verfügungsbeklagten als Vertreter der Alleingesellschafterin X1 GmbH & Co KG, jeweils die Beschlüsse von Oktober 2021 und erteilten darüber hinaus dem Verfügungsbeklagten Einzelvertretungsberechtigung (vgl. AS 13, GA 64 ff. und AS 10 GA 30 ff.).

Gegen die vorgenannten Beschlüsse geht der Verfügungskläger persönlich im Wege der Nichtigkeits- und Anfechtungsklage gerichtlich vor. Namentlich wendet er sich in dem Verfahren vor dem Landgericht mit dem Az. 8 HK O 42/21 gegen die von der Gesellschafterversammlung der X2 GmbH im Oktober und Dezember 2021 gefassten Beschlüsse und in dem Verfahren vor dem Landgericht mit dem Az. 8 HK O 43/21 gegen die von der Gesellschafterversammlung der X. GmbH im Oktober und Dezember 2021 gefassten Beschlüsse. Ergänzend hat der Verfügungskläger erreicht, dass das Amtsgericht Saarbrücken, Handelsregister, Zwischenverfügungen erlassen und die Eintragungsverfahren zu den mit den angefochtenen Beschlüssen verfolgten Änderungen ausgesetzt hat (Geschäftszeichen HRB). Die hiergegen von dem Verfügungsbeklagten eingelegte Beschwerde ist vom 5. Zivilsenat des Saarländischen Oberlandesgerichts mit Beschluss vom 6.9.2022 (5 W 18/22) zurückgewiesen worden. Die Verfahren 8 HK O 42/21 und 8 HK O 43/21 des Landgerichts Saarbrücken sind beide noch in erster Instanz anhängig.

Auf Antrag des Verfügungsklägers vom 18.2.2022 wurde dem Verfügungsbeklagten durch Beschluss des Landgerichts Saarbrücken vom 21.2.2022 in dem einstweiligen Verfügungsverfahren 8 HK O 5/22 im Wege der einstweiligen Verfügung zunächst untersagt, die Geschäfte der X. GmbH und der X2 GmbH zu führen; zugleich wurde der Verfügungskläger zur alleinigen Führung der Geschäfte dieser beiden Gesellschaften ermächtigt. Auf den Widerspruch des Verfügungsbeklagten wurde dieser Beschluss mit Urteil vom 14.4.2022 wieder aufgehoben und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Die hiergegen eingelegte Berufung (1 U 59/22) hat der Verfügungskläger in mündlicher Verhandlung vor dem Senat am 7.12.2022 zurückgenommen.

Auf Antrag der X. GmbH, diese vertreten durch den Verfügungsbeklagten, und von insgesamt 13 Objektkommanditgesellschaften, diese vertreten durch die X. GmbH, diese wiederum vertreten durch den Verfügungsbeklagten, wurde dem Verfügungskläger mit Urteil des Landgerichts vom 14.4.2022 (Az. 8 HK O 7/22) im Wege der einstweiligen Verfügung u.a. untersagt, ohne zustimmenden Gesellschafterbeschluss Zahlungen der betroffenen Gesellschaften zu leisten. Die hiergegen von dem Verfügungskläger eingelegte Berufung hat der Senat mit Urteil vom 11.1.2023 (1 U 58/22) zurückgewiesen.

Mit Urteil vom 30.3.2022 (GA 146 ff.) hat das Bezirksgericht A auf Antrag des Verfügungsklägers in einem Eilverfahren dahin entschieden, dass die Gesellschafterbeschlüsse der X2 GmbH vom 4.10.2021 und 24.12.2021 rückgängig zu machen seien, ein Dritter und unabhängiger Geschäftsführer der X2 GmbH ernannt werden müsse und Gesamtvertretung der Geschäftsführung zu beschließen sei. In Umsetzung dieser Entscheidung, gegen die die X3 Ltd – zu den Beklagten in diesem Verfahren vgl. das Urteilsrubrum in GA 158 – Berufung und der Verfügungskläger Anschlussberufung eingelegt hat, wurde Herr S.W. von der Unternehmensberatung B. und Partner zum weiteren Geschäftsführer der X2 GmbH bestellt und Gesamtvertretung beschlossen. Zwischenzeitlich hat Herr W3. sein Geschäftsführeramt wieder niedergelegt, unter anderem, weil seine Vergütung nicht gezahlt wurde. Welche der Parteien für die Niederlegung der Geschäftsführung durch Herrn W3. verantwortlich ist, ist streitig.

Der Verfügungsbeklagte überwies vom Konto der X1X GmbH & Co KG im Zeitfenster zwischen Mitte Mai und Anfang Juli 2022 folgende Beträge an die X3 Ltd:

- 19.5.2022: 70.000 €; Verwendungszweck: Gains
- 17.6.2022: 50.000 €; Verwendungszweck: Reimbursement of Costs
- 4.7.2022: 50.000 €; Verwendungszweck: Payment

Mit E-Mail vom 23.5.2022 (GA 171) widersprach der Verfügungskläger der Überweisung vom 19.5.2022 und forderte den Verfügungsbeklagten zur Rückzahlung auf.

Am 2.6.2022 und am 30.6.2022 überwies der Verfügungsbeklagte vom Konto der X1Y GmbH & Co KG jeweils 50.000 € an die israelische Anlegergesellschaft I. 2 W. Germany R. E. I. KG.

Mit E-Mail vom 22.6.2022 (GA 174 ff.) widersprach der Verfügungskläger Zahlungen des Verfügungsbeklagten an die i. l. – Gesellschaften, nach seinem Vorbringen auch wegen einer Rangrücktrittserklärung der I. 2 vom 15.5.2018.

Mit E-Mails vom 11.5.2022 und 5.7.2022 forderte der Verfügungskläger den Verfügungsbeklagten auf, bestimmte Verbindlichkeiten der X1Y GmbH & Co KG auszugleichen. Dieser Aufforderung kam der Verfügungsbeklagte jedenfalls nicht vollumfänglich nach. Außerdem überwies der Verfügungsbeklagte am 30.6.2022 vom Konto der X1Y GmbH & Co KG einen Betrag von 50.000 € an die Rechtsanwälte. Dieser Betrag wurde am 6.7.2022 von den Rechtsanwälten an die Objektkommanditgesellschaft zurücküberwiesen.

Unter Angabe des Verwendungszwecks „Lawn Payment“ überwies der Verfügungsbeklagte am 12.7.2022 vom Konto der X1Y GmbH & Co KG einen Betrag von 34.000 € an die israelische I. 7 C. Germany R. E. I. KG, die der Objekt C. GmbH & Co KG ein Darlehen gewährt hatte.

Der Verfügungskläger hat behauptet, dass die von dem Verfügungsbeklagten veranlassten Zahlungen der X1X GmbH & Co KG an die X3 Ltd rechtsgrundlos und rechtswidrig gewesen seien und die Liquiditätsslage der X1Y GmbH & Co KG die Zahlungen an die I. 2 nicht zugelassen habe.

Er hat geltend gemacht, die Geschäftsführung durch den Verfügungsbeklagten in der X. GmbH sei nicht an dem Interesse der Gesellschaften orientiert, sondern allein an Eigeninteressen, wie namentlich auch die durch den Verfügungsbeklagten veranlasste Zahlung der Objekt W. GmbH & Co KG an die I. 7 zeige. Der Verfügungsbeklagte verweigere jegliche Kooperation und setze sich über Widersprüche des Verfügungsklägers als Co-Geschäftsführer der X. GmbH schlicht hinweg und

entwende Gelder der Gesellschaften, um sie für eigene Zwecke oder solcher nahestehender Personen oder Unternehmen zu verwenden, sodass die Vertrauensbasis endgültig zerstört sei.

Dem Handeln des Verfügungsbeklagten könne effektiv nur durch eine sofortige Untersagung bzw. durch einen Entzug der Einzelvertretungsbefugnis begegnet werden, um weiteren Schaden von den betroffenen Gesellschaften abzuwenden. Um gleichzeitig die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften wiederherzustellen sei es notwendig, ihm selbst wieder Einzelvertretungsbefugnis einzuräumen. Anderenfalls drohe der betriebliche Stillstand der Immobilien mit erheblichen Folgen für die Objektgesellschaften und deren Mieter.

In rechtlicher Hinsicht hat der Verfügungskläger gemeint, ihm stehe als Geschäftsführer und mittelbarem Gesellschafter der X. GmbH und X2 GmbH gegen den Verfügungsbeklagten wegen Verletzung seiner Geschäftsführungspflichten ein Anspruch auf Unterlassung der weiteren Geschäftsführung und Vertretung der X. GmbH und X2 GmbH sowie auf Wiederherstellung seiner Einzelvertretungsbefugnis zum Schutz der genannten Gesellschaften zu.

Es sei anerkannt, dass in Fällen besonderer Dringlichkeit die Untersagung der Ausübung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Gesellschaft schon vor einer Beschlussfassung über die Abberufung des Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung im Wege einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden könne. Dies gelte insbesondere, soweit zu befürchten sei, dass ein Geschäftsführer noch vor dem entsprechenden, auf Abberufung gerichteten Beschluss der Gesellschaft Schaden zufüge. Die Geltendmachung dieses Rechts stehe vorliegend auch dem Verfügungskläger zu. Eine Gesellschafterversammlung zur Abberufung des Verfügungsbeklagten auf Ebene der X2 GmbH habe bisher aufgrund der treuwidrigen Weigerungshaltung der B1 B.V. nicht abgehalten werden können. Er habe hierzu mit Antragschrift vom 8.2.2022 im einstweiligen Verfahren gerichtlich beantragt, die Gesellschafterbeschlüsse rückgängig zu machen und den Verfügungsbeklagten in einer Gesellschafterversammlung der X2 GmbH abzuwählen. Unmittelbar im Anschluss an die Abberufung des Verfügungsbeklagten werde er als alleiniger Geschäftsführer der X2 GmbH in Vertretung der X1 GmbH & Co KG eine Gesellschafterversammlung der X. GmbH einberufen, um den Verfügungsbeklagten als Geschäftsführer aus wichtigem Grund abzuwählen. Dies gelte umso mehr, als der Verfügungsbeklagte wiederholt seine Verpflichtungen zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung vorsätzlich und in besonders grober Weise zum Nachteil der X2 GmbH und der X. GmbH verletzt habe. Der Verfügungsgrund ergebe sich daraus, dass weitere schwerwiegende Pflichtverletzungen des Verfügungsbeklagten ernsthaft zu befürchten seien, insbesondere er sich an den Bankkonten der Objektgesellschaften bediene und hierdurch die A1 Gruppe nachhaltig geschädigt werde.

Gestützt hierauf hat der Verfügungskläger mit seinem unter dem 14.7.2022 beim Landgericht eingereichten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (wörtlich) beantragt,

1. dem Verfügungsbeklagten zu untersagen, die Geschäfte der X Verwaltungsgesellschaft mbH mit Sitz in Saarbrücken, eingetragen in das Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB, sowie der X2 GmbH mit Sitz in S., eingetragen in das Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB 105487, zu führen, bis in der Hauptsache rechtskräftig entschieden ist, ob der Verfügungsbeklagte in einer noch einzuberufenden außerordentlichen Gesellschafterversammlung der X. GmbH und der X2 GmbH wirksam als Geschäftsführer abberufen wurde,

2. dem Verfügungsbeklagten zu untersagen, namens der X Verwaltungsgesellschaft mbH mit Sitz in S., eingetragen in das Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB, sowie der X2 GmbH mit Sitz in S., eingetragen in das Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB 105487, Erklärungen abzugeben und Handlungen vorzunehmen, mithin diese Gesellschaften zu vertreten, bis in der Hauptsache rechtskräftig entschieden ist, ob der Verfügungsbeklagte in einer noch

einzuberufenden außerordentlichen Gesellschafterversammlung der X. GmbH und der X2 GmbH wirksam als Geschäftsführer abberufen wurde,

3. ihn zu ermächtigen, die X Verwaltungsgesellschaft mbH mit Sitz in S., eingetragen in das Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB, sowie der X2 GmbH mit Sitz in S., eingetragen in das Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB 105487, wieder als einzelvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer zu vertreten, bis in der Hauptsache rechtskräftig entschieden ist, ob der Verfügungsbeklagte in einer noch einzuberufenden außerordentlichen Gesellschafterversammlung der X. GmbH und der X2 GmbH wirksam als Geschäftsführer abberufen wurde,

4. hilfsweise dem Verfügungsbeklagten zu untersagen, die Geschäfte der X Verwaltungsgesellschaft mbH mit Sitz in S., eingetragen in das Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB, sowie der X2 GmbH mit Sitz in S., eingetragen in das Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB 105487, ohne seine Zustimmung zu führen sowie die Gesellschaften ohne seine Zustimmung zu vertreten, insbesondere durch die X Verwaltungsgesellschaft mbH in ihrer Funktion als Komplementärin der X1Y GmbH & Co KG, der X1Z GmbH & Co KG, der X1X GmbH & Co KG, der X1Q N. GmbH & Co KG, der X1P GmbH & Co KG und der X1N GmbH & Co KG Zahlungen zu Lasten der genannten Kommanditgesellschaften zu tätigen, bis in der Hauptsache rechtskräftig entschieden ist, ob der Verfügungsbeklagte in einer noch einzuberufenden außerordentlichen Gesellschafterversammlung der X. GmbH und der X2 GmbH wirksam als Geschäftsführer abberufen wurde;

5. für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die in Ziffer 1. und 3 ausgesprochene Untersagung bzw. Anordnung ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu sechs Monaten anzudrohen.

Der Verfügungsbeklagte ist diesen Begehren mit einem Zurückweisungsantrag entgegengetreten und hat im Wege der Gegenverfügung mehrere, aus dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils im einzelnen ersichtliche Gegenverfügungsanträge gestellt.

Der Verfügungsbeklagte hat gerügt, dass das vorliegend von dem Verfügungskläger betriebene einstweilige Verfügungsverfahren wegen anderweitiger Rechtshängigkeit – Streitgegenstandsidentität zu dem beim Senat anhängig gewesenen Verfahren 1 U 59/22 – bereits unzulässig sei. Im Übrigen seien in Bezug auf die gestellten Anträge weder der Verfügungskläger aktiv- noch er selbst als Verfügungsbeklagter passiv legitimiert. Die von dem Verfügungskläger im einzelnen beanstandeten Zahlungsvorgänge hat der Verfügungsbeklagte – bis auf die Zahlung an die Rechtsanwälte, die versehentlich erfolgt sei – als gerechtfertigt verteidigt.

Mit Urteil vom 9.8.2022 hat das Landgericht die Zulässigkeit des erneuten Antrags des Verfügungsklägers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung in vollem Umfang bejaht, in der Sache jedoch lediglich den Hilfsantrag zu Ziffer 4 als teilweise begründet erachtet und dem Verfügungsbeklagten untersagt, ohne Zustimmung des Verfügungsklägers Zahlungen der X Verwaltungsgesellschaft mbH oder der Objekt-Kommanditgesellschaften, die die X Verwaltungsgesellschaft mbH als Komplementärin vertritt, vorzunehmen und für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot dem Verfügungsbeklagten ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht. Die weitergehenden Anträge des Verfügungsklägers hat es sämtlich zurückgewiesen. Die Gegenanträge des Verfügungsbeklagten hat es insgesamt als unzulässig zurückgewiesen. Wegen der Begründung im Einzelnen und der vom Landgericht in tatsächlicher Hinsicht getroffenen Feststellungen wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil (GA 1184 ff.) Bezug genommen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Verfügungsbeklagte seinen Antrag auf vollständige Zurückweisung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung weiter.

Das Landgericht verkenne, dass der Verfügungskläger im Rahmen seines Antrags nicht aktiv legitimiert sei, der Antrag sei bereits mangels Prozessführungsbefugnis unzulässig.

Das Landgericht erkenne noch zutreffend, dass an dem vorliegenden Verfahren weder die X. GmbH noch deren Gesellschafterin, die X1 GmbH & Co KG, beteiligt seien, sondern der Streit sich unmittelbar nur zwischen den Geschäftsführern der X. GmbH abspiele. Es konstruiere dann indes fehlerhaft einen Sonderanspruch des Fremdgeschäftsführers, der keinerlei Grundlage in Gesetz und Rechtsprechung habe.

Für die X. GmbH seien zwei Geschäftsführer bestellt, von denen keiner zugleich auch Gesellschafter dieser GmbH sei. Alleinige Gesellschafterin der X. GmbH sei die X1 GmbH & Co KG. Sowohl bei dem Verfügungskläger als auch bei dem Verfügungsbeklagten handele es sich um reine Fremdgeschäftsführer. Das Landgericht verkenne, zwischen wem sich im einzelnen konkrete Ansprüche im Kontext eines Abberufungsverfahrens ergeben könnten und wer insoweit Antragsteller und Antragsgegner im einstweiligen Verfügungsverfahren sein könne.

Es sei Sache der Gesellschafterversammlung, den Geschäftsführer durch entsprechenden Beschluss abzuberufen. Dementsprechend stehe es grundsätzlich auch allein der Gesellschaft zu, einen entsprechenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Untersagung oder Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse zu stellen. Die betroffene Gesellschaft, die X. GmbH, sei jedoch überhaupt nicht am Verfügungsverfahren beteiligt worden.

Dem einzelnen Gesellschafter stehe der Weg über eine einstweilige Verfügung nur in Ausnahmefällen zu, auf die es im Streitfall jedoch nicht ankomme, da keine der Streitparteien zugleich Gesellschafter der X. GmbH sei und die alleinige Gesellschafterin der X. GmbH, nämlich die X1 GmbH & Co KG, ebenfalls nicht am vorliegenden Verfahren beteiligt worden sei.

Dem Verfügungskläger als reinem Fremdgeschäftsführer stehe unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt die Befugnis zu, klageweise bzw. im Wege des Eilrechtsschutzes eine Untersagung oder Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse des anderen Fremdgeschäftsführers der X. GmbH herbeizuführen.

Soweit das Landgericht vorliegend auf der Grundlage mittelbarer Betroffenheit und unter Berufung auf die Notwendigkeit effektiven Rechtsschutzes zugunsten des Verfügungsklägers eine entsprechende, nach dem Gesetz und der Rechtsprechung tatsächlich nicht existente Rechtsschutzmöglichkeit konstruiert und dem Antrag auf dieser Basis im zuerkannten Umfang stattgegeben habe, gehe dies fehl. Bei zutreffender rechtlicher Beurteilung, so meint die Berufung, hätte der Antrag bereits als unzulässig abgewiesen werden müssen.

Der Verfügungsbeklagte beantragt,

das am 9.8.2022 verkündete Urteil des Landgerichts Saarbrücken aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vollumfänglich zurückzuweisen.

Der Verfügungskläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung, soweit ihm günstig und meint, entgegen der Rechtsauffassung des Verfügungsbeklagten müsse die Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien im vorliegenden Verfahren bejaht werden, weswegen auch die Zulässigkeitsrüge ins Leere gehe.

Es sei ohne Belang, dass nach der Organtheorie grundsätzlich kein unmittelbares gesellschaftsrechtliches Rechtsverhältnis zwischen zwei bestellten Geschäftsführern einer GmbH bestehe, aufgrund dessen der eine gegen den anderen vorgehen könnte. Denn die Annahme einer Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien im hiesigen Verfahren sei jedenfalls verfassungsrechtlich zwingend geboten. Jede andere Entscheidung würde eklatant gegen das verfassungsrechtlich verankerte Gebot des effektiven Rechtsschutzes in Gestalt des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs verstoßen. Dem Verfügungskläger müsse es unbedingt möglich sein, die ihm in seiner Funktion als Geschäftsführer im Verhältnis zum Verfügungsbeklagten als Mitgeschäftsführer zustehenden Rechte auch effektiv durchsetzen zu können. Ihm stehe gegenüber dem Verfügungsbeklagten nicht nur ein Kooperationsanspruch zu, sondern auch ein unmittelbares Informationsrecht und ein Widerspruchsrecht nach § 115 Abs. 1 HGB analog. Insoweit folge seine Aktivlegitimation jedenfalls aus dem von ihm erklärten Widerspruch gegen Auslandszahlungen der von der X. GmbH als Komplementärin vertretenen Kommanditgesellschaften. Wie vorgetragen habe er gegenüber dem Verfügungsbeklagten unter anderem insbesondere jeglichen Überweisungen der von der X. GmbH als Komplementärin vertretenen Gesellschaften an die X3 Ltd widersprochen. Dass der Verfügungskläger gegebenenfalls nur gesamtvertretungsberechtigt sei, hindere ihn nicht, ein entsprechendes Widerspruchsrecht auszuüben, da es ihm als mittelbarem Gesellschafter der X. GmbH nicht zumutbar sei, zuzusehen, wie der Fremdgeschäftsführer zugunsten des weiteren mittelbaren Gesellschafter, der X3 Ltd, die Gesellschaften in strafrechtlich relevanter Weise ausplündere. Er als berechtigt widersprechender Geschäftsführer der X. GmbH habe in Ansehung seines Widerspruchsrechts einen eigenen, im Hauptsache- und Eilverfahren gerichtlich durchsetzbaren Unterlassungsanspruch gegen den Verfügungsbeklagten.

Darüber hinaus müsse ein GmbH-Geschäftsführer in einem Fall wie hier aber auch deshalb gegenüber einem weiteren Geschäftsführer aktiv legitimiert sein, um der Gefahr der solidarischen (Mit-)Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG begegnen zu können. So habe das Oberlandesgericht München erst „kürzlich“ in einer Entscheidung vom 22.10.2015 (23 U 4861/14, bei Juris) bestätigt, dass der Geschäftsführer einer GmbH gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG für für ihn erkennbar pflichtwidrige Gehaltszahlungen eines Mitgeschäftsführers an sich selbst hafte, wenn er diese Zahlungen nicht verhindere oder unterbinde. Gleiches müsse auch gelten, wenn – wie vorliegend – der Verfügungsbeklagte rechtsgrundlos und in strafbarer Weise Gelder der Gesellschaften für eigene, gesellschafts- oder sogar gruppenfremde Belange verwende. Hiergegen müsse sich der Verfügungskläger schon in seiner Funktion als Mitgeschäftsführer zwingend wehren können. Daher müsse das Gericht jedenfalls im vorliegenden Eilverfahren zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes den Verfügungskläger unbedingt – jedenfalls vorläufig – dabei unterstützen, dass ihm keine weitere Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG aus zukünftigen rechtswidrigen Verhaltensweisen seines Mitgeschäftsführers drohe und zwar dadurch, dass es die Aktiv- und Passivlegitimation der Prozessparteien bejahe. Jedenfalls nach Treu und Glauben sei es geboten, den Geschäftsführern eine derartige Rechtsschutzmöglichkeit im Sinne einer „actio pro procurator“ zu gewähren. Jede andere Ansicht würde verkennen, dass der Verfügungskläger in der hiesigen Konstellation am Ende für etwas privat haften müsse, was er aufgrund des eigenmächtigen Handelns seines Co-Geschäftsführers nicht mehr beeinflussen könne.

Im hiesigen Fall sei es völlig unzureichend, den Verfügungskläger in seiner Funktion als Geschäftsführer auf die Inanspruchnahme der Gesellschaften zu verweisen, damit diese dann ihre Rechte gegenüber dem Verfügungsbeklagten durchsetzen könnten. Begrenzungen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs seien nur insoweit möglich, als sie mit den Belangen einer rechtsstaatlichen Verfahrensordnung vereinbar seien und den Rechtsuchenden nicht

unverhältnismäßig belasteten. Der Rechtsweg dürfe nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden. Anderenfalls könne von einer Effektivität des Rechtsschutzes keine Rede sein.

Eine Durchsetzung der Rechte als Geschäftsführer durch Inanspruchnahme der Gesellschaften, welche gemäß § 31 BGB für ein schuldhaft pflichtwidriges Verhalten des Verfügungsbeklagten einzustehen hätten, scheitere vorliegend bereits an der zwar angegriffenen, derzeit aber noch bestehenden Einzelvertretungsmacht des Verfügungsbeklagten für die Gesellschaften. Es liege auf der Hand, dass dieser wohl kaum in Vertretung der Gesellschaften in sein eigenes rechtswidriges Handeln als Geschäftsführer final eingreifen werde. Dies wäre auch insoweit unmöglich, als der Verfügungsbeklagte im Fall eines Prozesses diesen zwar in Vertretung der Gesellschaft, aber dennoch mit sich selbst führen müsste, was prozessrechtlich unzulässig sei. Über diesen Umstand helfe auch weder die Möglichkeit der Bestellung eines Prozesspflegers gemäß § 57 ZPO noch die Bestellung eines Prozessvertreters gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG hinweg, da beides nur mit erheblichem Zeitverlust verbunden gewesen wäre, was der dem Eilrechtsschutz immanenten Dringlichkeit zuwiderlaufe. Eine Bestellung eines Prozessvertreters gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG scheitere zudem auch daran, dass die niederländische Holding, die A1 B.V., seit geraumer Zeit führungslos sei.

Darüber hinaus müsse es dem Verfügungskläger aber auch möglich sein, in seiner Funktion als mittelbarer Gesellschafter der X. GmbH unmittelbar gegen den Verfügungsbeklagten als echten Fremdgeschäftsführer vorzugehen. Dies folge aus einer entsprechenden Anwendung des Rechtsinstituts der „actio pro societate“ und sei darüber hinaus ebenso verfassungsrechtlich zwingend geboten. Es sei insoweit in jeder Hinsicht unschädlich, dass der Verfügungskläger nur mittelbarer Gesellschafter der X. GmbH sei. Es könne vor dem Hintergrund des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs keinen Unterschied machen, ob er unmittelbar an den Gesellschaften beteiligt sei oder ob ein oder gar zwei Gesellschaften dazwischengeschaltet seien. Eine Aktivlegitimation als mittelbarer Gesellschafter der betroffenen Gesellschaften müsse ihm hier schon deshalb eröffnet sein, weil ihm anderenfalls jeglicher Rechtsschutz gegen die offenkundig rechtswidrige und gesellschaftsschädigende Eigenmacht des Verfügungsbeklagten verwehrt wäre. Durch die von der X3 Ltd initiierten und rechtswidrig hinter seinem Rücken eigenmächtig herbeigeführten Gesellschafterbeschlüsse aus Oktober und Dezember 2021, durch die dem Verfügungsbeklagten Einzelvertretungsmacht für die X. GmbH erteilt und seine eigene Vertretungsmacht auf Gesamtvertretungsmacht beschränkt worden sei, habe man sich seitens der X3 Ltd sein vermeintliches Recht einfach genommen und dadurch die heutige Situation herbeigeführt. Diese Form der Selbstjustiz könne nicht durch die Versagung effektiven Rechtsschutzes akzeptiert oder sogar privilegiert werden. Durch die von der X3 Ltd und dem Verfügungsbeklagten eigenmächtig geschaffene Situation sei es dem Verfügungskläger als mittelbarem Gesellschafter verwehrt, Rechtsschutz im Namen der betroffenen Gesellschaften wegen der Streitgegenständlichen Pflichtverletzungen des Verfügungsbeklagten zu erlangen. Es sei insbesondere wegen des anzunehmenden gemeinsamen Zusammenwirkens des Verfügungsbeklagten und der X3 Ltd als mittelbarer Mitgesellschafterin der X. GmbH zu erwarten, dass die X3 Ltd ein wirksames Vorgehen gegen den Verfügungsbeklagten verweigern werde. Den Verfügungskläger an dieser Stelle darauf zu verweisen, zunächst die anderen Gesellschafter auf Mitwirkung zu verklagen, wäre ein unnötiger Umweg und würde auch der dem einstweiligen Rechtsschutz immanenten Dringlichkeit entgegenstehen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die erst- und zweitinstanzlich gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Sitzungsniederschrift des Landgerichts vom 2.8.2022 (GA 1171 ff.) sowie des Senats vom 2.6.2023 (GA1379 ff.) Bezug genommen.

B.

Die Berufung des Verfügungsbeklagten ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere gemäß den §§ 517 ff. ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

Auch in der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg, denn die vom Senat nach §§ 529, 531 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen eine dem Verfügungsbeklagten günstigere Entscheidung. Das angefochtene Urteil des Landgerichts ist auf die Berufung des Verfügungsbeklagten hin dahingehend abzuändern, dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung insgesamt zurückgewiesen wird.

I. Zum zweitinstanzlichen Entscheidungsumfang ist – im Lichte des erstinstanzlich deutlich weitgehenderen Streitgegenstands des Verfügungsverfahrens – zunächst klarzustellen, dass der Senat lediglich noch über die Frage zu entscheiden hat, ob das Landgericht dem ursprünglichen Verfügungsantrag zu 4 teilweise zu Recht stattgegeben hat.

1. Das Landgericht hat lediglich dem Verfügungsantrag zu 4 teilweise – nämlich nur in Bezug auf die begehrte Beschränkung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse des Verfügungsbeklagten in der X. GmbH – stattgegeben und die weitergehenden Anträge des Verfügungsklägers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung insgesamt zurückgewiesen. Die entsprechende Zurückweisungsentscheidung hat der Verfügungskläger hingenommen, sodass weder die ursprünglichen Verfügungsanträge zu 1 – 3, noch die ursprünglich mit dem Verfügungsantrag zu 4 auch verfolgte Beschränkung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnisse des Verfügungsbeklagten in der X2 GmbH Gegenstand des Berufungsverfahrens sind.

2. Auch der Verfügungsbeklagte hat die zu seinen Lasten ergangene Entscheidung teilweise hingenommen, denn die erstinstanzlich noch gestellten Gegenverfügungsanträge sind ebenfalls nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens.

3. Damit hat der Senat lediglich noch darüber zu entscheiden hat, ob das Landgericht dem ursprünglichen Hilfsantrag zu 4 zu Recht teilweise stattgegeben hat, indem es dem Verfügungsbeklagten im Ausspruch zeitlich unbefristet ordnungsgeldbewehrt untersagt hat, ohne Zustimmung des Verfügungsklägers Zahlungen der X Verwaltungsgesellschaft mbH oder der Objekt-Kommanditgesellschaften, die die X Verwaltungsgesellschaft mbH als Komplementärin vertritt, vorzunehmen.

II. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Berufung des Verfügungsbeklagten erweist sich als begründet. Denn der zuletzt nur noch auf diesen Ausspruch gerichtete Antrag des Verfügungsklägers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO ist auf der Grundlage des Sach- und Streitstands, wie er sich zweitinstanzlich darstellt, teilweise bereits unzulässig und im Übrigen unbegründet.

1. Die Zulässigkeit des Verfügungsantrags wird allerdings nicht schon dadurch infrage gestellt, dass der Verfügungskläger einen gleichlautenden Antrag, so wie er jetzt noch zur Entscheidung steht, bereits als Hilfsantrag zu 4 in dem beim Senat anhängig gewesenen Berufungsverfahren 1 U 59/22 gestellt und er von der Weiterverfolgung dieses Antrags durch Rechtsmittelrücknahme im Termin vom 7.12.2022 Abstand genommen hat. Denn Anlass für diese prozessuale Vorgehensweise des Verfügungsklägers war der Hinweis des Senats, dass – unbeschadet sonstiger problematischer Fragen – für diesen Antrag nach Erlass des Urteils des Landgerichts Saarbrücken vom 9.8.2022 jedenfalls der Verfügungsgrund weggefallen ist und über die Rechtmäßigkeit der insoweit erlassenen einstweiligen Verfügung im dann – und mithin nunmehr – zur Berufungsentscheidung anstehenden Verfahren 1 U 91/22 zu urteilen sein wird. Durch diesen Hinweis hat der Senat gleichzeitig auch zu erkennen gegeben, dass er dem Landgericht in seiner Rechtsauffassung aus dem Urteil vom 9.8.2022 folgt, dass der Verfügungskläger nicht schon grundsätzlich an einem erneuten Verfügungsantrag durch die mit

dem quasi identischen Ziel eingereichten Verfügungsanträge aus Februar 2022, die Gegenstand des Verfügungsverfahrens 8 HK O 5/22 (= 1 U 59/22) waren, gehindert war. Das stellt auch der Verfügungsbeklagte mit der Berufung nicht mehr infrage.

2. Der Verfügungsbeklagte rügt mit seiner Berufung allerdings mit Erfolg, dass das Landgericht zu Unrecht den von dem Verfügungskläger gestellten Verfügungsantrag als zulässig angesehen hat, soweit dieser auf die Sicherung etwaiger materieller Ansprüche und Rechte der X. GmbH abzielt, denn die Befugnis zur zwangsweisen Sicherung von solchen Ansprüchen, die nur im Verhältnis zwischen dieser Gesellschaft und dem Verfügungsbeklagten als einem ihrer Fremdgeschäftsführer bestehen können, steht dem Verfügungskläger in seiner Position als reinem Fremdgeschäftsführer und allenfalls „mittelbarem Gesellschafter“ der X. GmbH – der Verfügungskläger ist lediglich Mitgesellschafter der A1 B.V., die wiederum alleinige Kommanditistin der Alleingesellschafterin der X. GmbH ist – nicht zu. Er ist insoweit nicht prozessführungsbefugt.

a) Über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird, trotz der Verortung der Regelungen der §§ 916 ff. ZPO im achten Buch der ZPO, nach allgemeiner Ansicht in einem summarischen Erkenntnisverfahren entschieden. Auf dieses sind – neben den speziellen Regelungen der §§ 916 ff. ZPO – die allgemeinen Regeln des Erkenntnisverfahrens anzuwenden (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 916 Rn. 9), so dass sich auch im einstweiligen Verfügungsverfahren im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung des Antrags die Frage der Prozessführungsbefugnis (bzw. hier auch als Antragsbefugnis bezeichnet, vgl. KG Berlin, Urteil vom 8.12.2022 – 23 U 111/22, bei Juris Rn. 15 sowie Urteil vom 11.8.2011 – 23 U 114/11, bei Juris Rn. 10 m.w.N.) als eine in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung (BGH, Urteil vom 7.7.2021 – VIII ZR 52/20, bei Juris Rn. 22 m.w.N.) stellt.

b) Ein Kläger ist im „normalen“ Erkenntnisverfahren (Hauptsacheprozess) prozessführungsbefugt, wenn er berechtigt ist, über das behauptete (streitige) Recht einen Prozess als Partei im eigenen Namen zu führen (BGH, Urteil vom 7.7.2021 – VIII ZR 52/20, bei Juris Rn. 23 m.w.N.). Grundsätzlich ist (nur) der Inhaber eines Rechts befugt, es im eigenen Namen einzuklagen. Wer ein Recht einklagt, das nicht ihm selbst zusteht (Prozessstandschaft), muss seine Befugnis zur Führung des Prozesses dartun und notfalls beweisen (BGH, aaO). Erfolgt die Geltendmachung fremder Rechte kraft gesetzlicher Ermächtigung, spricht man von gesetzlicher Prozessstandschaft, erfolgt sie auf Grund einer Ermächtigung seitens des Inhabers des Rechts, spricht man von gewillkürter Prozessstandschaft (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 51 Rn. 16). Von der Prozessführungsbefugnis, die die prozessuale Befugnis zur Geltendmachung eines Rechts und die Zulässigkeit einer Klage betrifft, ist die Frage der Aktivlegitimation einer Partei zu unterscheiden, die die materiell-rechtliche Befugnis zur Geltendmachung des Rechts und damit erst die Begründetheit der Klage betrifft. Aktivlegitimiert im Rahmen einer Klage ist, wer Inhaber des geltend gemachten Rechts oder Anspruchs ist (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 51 Rn. 18). In der Regel, wenn der Inhaber des materiellen Rechts den Prozess als Partei führt, fallen die Aktivlegitimation und die Prozessführungsbefugnis in einer Person zusammen. Fallen Inhaberschaft des Rechts und Geltendmachung im Prozess dagegen auseinander, klagt also jemand ein Recht ein, das nicht ihm selbst zusteht, dann ist die Prozessführungsbefugnis grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen einer gesetzlichen oder gewillkürten Prozessstandschaft zu bejahen.

c) Für das einstweilige Verfügungsverfahren gelten diese Grundsätze entsprechend, wobei der Verfügungskläger bzw. Antragsteller hier nur ein summarisches Verfahren zur Sicherung eines Anspruchs bzw. zur einstweiligen Regelung eines Rechtsverhältnisses führt (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 916 Rn. 3). Streitgegenstand ist daher nicht der zu sichernde Anspruch bzw. das einstweilig zu regelnde Rechtsverhältnis selbst, sondern lediglich die Zulässigkeit der zwangsweisen Sicherung (vgl. BeckOK ZPO/Mayer, 48. Edition, vor § 916; Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 916 Rn. 3 m.w.N.), weswegen für die Frage der Prozessführungsbefugnis im einstweiligen Verfügungsverfahren darauf

abzustellen ist, ob der Verfügungskläger bzw. Antragsteller berechtigt ist, das Verfahren über den zu sichernden Anspruch bzw. das einstweilig zu regelnde Rechtsverhältnis als Partei im eigenen Namen zu führen. Das bedeutet aber nicht, dass für die Prozessführungsbefugnis im einstweiligen Rechtsschutz abweichende, geringere Anforderungen als im Hauptsacheprozess gelten würden. Vielmehr ist mit Blick auf den Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, der lediglich der Sicherung materieller Rechte durch einstweilige Maßnahmen vor Abschluss des sie betreffenden Prozesses dient (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 916 Rn. 1), auch hier grundsätzlich nur der Inhaber dieser materiellen Rechte befugt, diese als Partei im eigenen Namen einstweilig zu sichern.

d) Auch das Landgericht hat das im Ansatz zutreffend erkannt, wie seine Ausführungen in LGU 12 unter Ziffer 2 der angefochtenen Entscheidung belegen. Es hat gesehen, dass sich die Frage der Prozessführungsbefugnis des Verfügungklägers und damit der Zulässigkeit des Verfügungsantrags stellt und es hat ferner auch beachtet, dass in einem gesellschaftsrechtlichen Eilverfahren, das – wie hier – die Geschäftsführung einer GmbH betrifft, grundsätzlich auf der Aktivseite die betroffene Gesellschaft und auf der Passivseite der betroffene Geschäftsführer als Parteien des Verfahrens beteiligt sein müssen und lediglich im Ausnahmefall anstelle der betroffenen Gesellschaft auf der Aktivseite auch ein Gesellschafter dieser Gesellschaft befugt ist, ein solches Verfahren persönlich als Partei und im eigenen Namen zu führen. Nichts Anderes ließ sich auch aus den von dem Verfügungskläger erstinstanzlich für seine Prozessführungsbefugnis bzw. Aktivlegitimation herangezogenen Rechtsprechungs- und Literaturfundstellen herleiten. Soweit er nämlich erstinstanzlich auf Entscheidungen des Oberlandesgerichts Frankfurt und des Oberlandesgerichts München sowie verschiedene Literaturfundstellen verwiesen (im Einzelnen vgl. GA 22) und darauf gestützt gemeint hat, es sei in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass in Fällen besonderer Dringlichkeit schon vor einer Beschlussfassung über die Abberufung des Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung die Untersagung der Ausübung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Gesellschaft im Wege einstweiligen Rechtsschutzes nach §§ 916, 940 ZPO durchgesetzt werden könne, ergibt sich weder aus den beiden in Bezug genommenen Gerichtsentscheidungen noch den zitierten Literaturfundstellen, dass auf der Antragsteller- bzw. Verfügungsklägerseite auch ein reiner Fremdgeschäftsführer und bloß „mittelbarer Gesellschafter“ – wie dies der Verfügungskläger in Bezug auf die X. GmbH ist – befugt wäre, ein solches einstweiliges Verfügungsverfahren gegen den Fremdgeschäftsführer – wie dies der Verfügungsbeklagte in Bezug auf die X. GmbH ist – zu betreiben.

aa) In der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt (Beschluss vom 18.9.1998 – 5 W 22/98, NZG 1999, 213) hatte dieses es als ausnahmsweise zulässig erachtet, dass der dortige Verfügungsantrag von den die Abberufung betreibenden Mitgesellschaftern gegen den dortigen Gesellschaftergeschäftsführer als Verfügungsbeklagten angebracht worden war und dies damit gerechtfertigt, dass anderenfalls in den Fällen, in denen es dringend einer vorläufigen Regelung bedürfe, kein Rechtsschutz erlangt werden könne, bevor die Gesellschafterversammlung als Beschlussorgan der Gesellschaft ordnungsgemäß zusammentreten kann.

bb) In der Entscheidung des Oberlandesgerichts München (Urteil vom 10.12.2012 – 23 U 4354/12, NZG 2013, 947 f.) heißt es ausdrücklich, Parteien eines solchen Verfügungsverfahrens – im dortigen Verfahren war die Abberufung bereits beschlossen worden – seien grundsätzlich der Abberufene und die Gesellschaft, vertreten durch die gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG bestimmten Vertreter. Ansprüche der GmbH gegen ihren Geschäftsführer könnten im Wege der Gesellschafterklage – im dortigen Verfahren war die einstweilige Verfügung von zwei Gesellschaftern der betroffenen GmbH betrieben worden – grundsätzlich nicht geltend gemacht werden. Nur ausnahmsweise könne ein GmbH-Gesellschafter für eine Klage gegen den Geschäftsführer aktiv legitimiert sein, wenn der Geschäftsführer durch sein unrechtmäßiges Handeln zum Schaden der Gesellschaft zugleich auch eine Rechtspflicht verletzt habe, die er aufgrund besonderer gesellschaftlicher oder schuldrechtlicher Beziehungen gegenüber dem mitbetroffenen Gesellschafter zu beachten hatte.

cc) Bei Lutter/Hommelhoff (GmbHG, 20. Aufl.) heißt es in der von dem Verfügungskläger in Bezug genommenen Passage (§ 38 Rn. 5), für die Zeit vor dem Entscheid aller Gesellschafter über die gebotene Abberufung aus wichtigem Grund könne auch ein einzelner Gesellschafter einstweiligen Rechtsschutz nach §§ 916, 940 ZPO mit dem Ziel beantragen, dem betroffenen Geschäftsführer ein gänzlich oder teilweises Tätigkeitsverbot aufzuerlegen; ein nach Abwägung der widerstreitenden Interessen und ihrer Gefährdung vom Gericht ausgesprochenes vorläufiges Verbot reiche als das gebotene mildeste Mittel nur bis zu jenem Zeitpunkt, da die Gesellschafter über die Abberufung spätestens hätten beschließen können.

dd) Entsprechendes ist auch in der von dem Verfügungskläger noch in Bezug genommenen Passage in Scholz (GmbHG, 12. Aufl., § 38 Rn. 72) nachzulesen: Dort heißt es für die Situation vor einem Beschluss der Gesellschafter über die Abberufung, dass dann, wenn ein Gesellschafter befürchte, dass ein Geschäftsführer noch vor dem entsprechenden auf Abberufung gerichteten Beschluss der Gesellschaft Schaden zufüge, er im Wege der einstweiligen Verfügung erwirken könne, dass dem Geschäftsführer die Ausübung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis untersagt werde. Insoweit werde dem die Abberufung betreibenden Gesellschafter ein Vorgehen aus eigenem Recht eingeräumt, um diesem bis zur Zusammenkunft der Gesellschafterversammlung effektiven Rechtsschutz zu gewähren.

ee) Aus sämtlichen vorstehenden Stimmen – und im Übrigen zahlreichen weiteren obergerichtliche Gerichtsentscheidungen (vgl. nur: KG Berlin, Urteil vom 8.12.2022 – 23 U 111/22, bei Juris sowie Urteil vom 11.8.2011 – 23 U 114/11, bei Juris; OLG Brandenburg, Urteil vom 10.11.2021 – 4 U 97/21, bei Juris; OLG Thüringen, Urteil vom 9.9.2015 – 2 U 219/15, bei Juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 26.10.2005 – 14 U 50/05, bei Juris) – ist die einhellige Meinung abzuleiten, dass schon einem Gesellschafter einer GmbH nur im Einzelfall und aufgrund besonderer Umstände die Befugnis zustehen kann, als Antragsteller bzw. Verfügungskläger im eigenen Namen zur Regelung des Zwischenstandes beim Streit über die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gegen den abuberufenden Geschäftsführer eine einstweilige Verfügung nach §§ 935, 940 ZPO zur Sicherung der Ansprüche und des Vermögens der Gesellschaft zu erwirken. Ansonsten ist die Führung eines solchen einstweiligen Verfügungsverfahrens als Partei auf der Aktivseite grundsätzlich Sache der Gesellschaft und nicht der Gesellschafter und schon gar nicht diejenige eines reinen Fremdgeschäftsführers. Hintergrund ist, dass schon die Zulassung des Vorgehens eines Gesellschafters grundsätzlich im Widerspruch zu der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung des GmbH-Rechts steht, wonach es gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG zum Vorgehen der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer sowie zur Bestimmung eines besonderen Vertreters der Gesellschaft in Prozessen gegen den Geschäftsführer eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf, gegen dessen Ablehnung den unterlegenen Gesellschaftern im Falle der Treuwidrigkeit gegebenenfalls die Anfechtungsklage verbunden mit positiver Beschlussfeststellungsklage zur Verfügung steht (vgl. BGH, Urteil vom 28.6.1982 – II ZR 199/81, bei Juris Rn. 6 ff.; BGH, Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 255/16, bei Juris Rn. 10 ff.; OLG Brandenburg, Urteil vom 10.11.2021 – 4 U 97/21, bei Juris Rn. 35).

e) Der Argumentation des Landgerichts, dass diese in der gesellschaftsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur anerkannten Grundsätze nicht dazu führen dürften den Beteiligten, wozu auch nur mittelbar Betroffene zählten, effektiven Rechtsschutz zu versagen, weswegen auch ein Eilverfahren zwischen reinen Fremdgeschäftsführern einer GmbH zuzulassen sei, wenn nur auf diese Weise der aufgekommene Streit vorläufig und sinnvoll einer Lösung zugeführt werden könne, vermag der Senat nicht zu folgen. Die vom Landgericht für seine Auffassung herangezogenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 25.1.2022 (II ZR 50/20) und des Oberlandesgerichts Celle vom 9.10.1989 (9 U 186/89, bei Juris) belegen das daraus für den Streitfall abgeleitete Ergebnis nicht. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 25.1.2022 (II ZR 50/20) finden sich lediglich Ausführungen zur actio pro socio und zur actio pro societate. Daraus lässt sich, wie unten noch darzulegen sein wird, ein

Klagerecht des Fremdgeschäftsführers und mithin Nichtgesellschafters nicht ableiten. Die Entscheidung des OLG Celle betraf ein einstweiliges Verfügungsverfahren, das von einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern gegen eine Aktiengesellschaft geführt worden war und mit dem beabsichtigte Geschäftsführungshandlungen des dortigen Vorstandes unterbunden werden sollten. Damit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar und im Übrigen hat das Oberlandesgericht Celle den entsprechenden Antrag auch mangels Verfügungsanspruch als von Anfang an unbegründet angesehen. Die Argumentation des Landgerichts verkennt aus Sicht des Senats folgendes: Abzuwenden ist durch effektiven Rechtsschutz im Eilverfahren innerhalb angemessener Zeit die Schaffung vollendeter Tatsachen. Der einstweilige Rechtsschutz dient der Sicherung der Durchsetzung materieller Rechte durch einstweilige Maßnahmen vor Abschluss des sie betreffenden Hauptsacheprozesses und damit der Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 916 Rn. 1). Der Gläubiger soll nach Durchführung des Hauptsacheverfahrens nicht feststellen müssen, dass der titulierte Anspruch jetzt praktisch wertlos ist, weil wegen der Dauer des Rechtsstreits zu seinen Lasten vollendete Tatsachen eingetreten sind (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 916 Rn. 1). Dieser Zweck und diese Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes rechtfertigen es jedoch nicht, einer Person als Partei im eigenen Namen einstweiligen Rechtsschutz zur Sicherung fremder materieller Rechte zu ermöglichen, für deren Geltendmachung diese Person nach der gegebenen Rechtslage nicht – hier: weder nach dem Gesetz, der Satzung oder aufgrund einer durch den Rechtsinhaber eingeräumten Ermächtigung – prozessführungsbefugt ist. Der Gefahr, dass sich jemand eigenmächtig zum Sachwalter fremder Angelegenheiten macht und vor der die Prozessvoraussetzung der Prozessführungsbefugnis gerade schützen soll, ist auch im einstweiligen Rechtsschutz zu begegnen.

f) Soweit der Verfügungskläger die Entscheidung des Landgerichts verteidigt und meint, „die Geltendmachung dieses Rechts“ – also ein einstweiliges Verfügungsverfahren mit dem Ziel der Untersagung bzw. Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse des abzuberaubenden (Fremd-)Geschäftsführers zu betreiben – müsse im Streitfall unbedingt auch ihm als bloß „mittelbarem Gesellschafter“ und Fremdgeschäftsführer der X. GmbH zustehen, findet diese Sichtweise in Gesetz, Rechtsprechung und Literatur keine Stütze. Insbesondere kann sich der Verfügungskläger weder auf eine Prozessführungsbefugnis nach den Grundsätzen der sogenannten „actio pro socio“ noch eine solche nach den Grundsätzen der sogenannten „actio pro societate“ berufen, da dem schon entgegensteht, dass der Verfügungskläger nicht unmittelbarer Gesellschafter der X. GmbH ist:

aa) Als „actio pro socio“ wird die Geltendmachung eines Anspruchs aus dem Gesellschaftsverhältnis durch einen Gesellschafter im eigenen Namen gegen einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft bezeichnet. Die Befugnis wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.2022 – II ZR 50/20, bei Juris Rn. 12; Urteil vom 22.1.2019 – II ZR 143/17, bei Juris Rn. 10; Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 255/16, bei Juris Rn. 11). Aufgrund dieser besonderen gesellschaftsrechtlichen Beziehung kann ein Gesellschafter einen Mitgesellschafter im Interesse der Gesellschaft in Anspruch nehmen (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.2022 – II ZR 50/20, bei Juris Rn. 12). Unabhängig davon, ob man diese – unter dem Vorbehalt des grundsätzlich zu beachtenden Vorrangs der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft stehende (vgl. BGH, Urteil vom 4.2.1991 – II ZR 246/89, bei Juris Rn. 8) – Befugnis des Gesellschafters, Sozialansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen gerichtlich geltend zu machen und auf Leistung an die Gesellschaft zu klagen, dogmatisch als eigenen materiell-rechtlichen Anspruch des Gesellschafters oder als Form der Prozessstandschaft einordnet (vgl. hierzu: Born, GmbH-Recht, 2. Auflage, Abschnitt H. IV. „Die Gesellschafterklage“, Rn. 1186 und 1190 f.), findet die actio pro socio ihre Grundlage im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters. Entscheidende Voraussetzung für die sich aus der actio pro socio ergebende Prozessführungsbefugnis ist demnach das Mitgliedschaftsrecht des jeweiligen Gesellschafters. Damit kann sich darauf aber nicht berufen, wer – wie der Verfügungskläger – als Nichtgesellschafter kein solches Mitgliedschaftsrecht an der Gesellschaft hat, welches ihm diese Befugnis vermittelt.

bb) Nichts anderes gilt auch für die davon zu unterscheidende Rechtsfigur der „actio pro societate“, die ebenfalls – insoweit ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eindeutig und kann nicht abweichend verstanden werden – nur als „Gesellschafterklage“ zu verstehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.2022 – II ZR 50/20, bei Juris Rn. 15 ff.) und die sich von der „actio pro socio“ vornehmlich darin unterscheidet, dass hier auf der Passivseite anstatt eines Mitgesellschafters ein Dritter, u.U. auch ein Fremdgeschäftsführer, klageweise in Anspruch genommen werden soll (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.2022 – II ZR 50/20, bei Juris Rn. 14; Urteil vom 19.12.2017 – II ZR 255/16, bei Juris Rn. 11). Es kann dahinstehen, ob im Streitfall ein Ausnahmefall vorläge, in dem eine solche Gesellschafterklage gegen einen Nichtgesellschafter zulässig sein könnte und ob sie überhaupt im Recht der GmbH und auf den Fremdgeschäftsführer Anwendung findet (vgl. dazu: BGH, Urteil vom 25.1.2022 – II ZR 50/20, bei Juris Rn. 15 ff.). Darauf käme es nur an, wenn der Verfügungskläger als unmittelbarer Gesellschafter der X. GmbH ein Mitgliedschaftsrecht an ihr hätte. Das hat er aber nicht.

cc) Eine „actio pro procurator“ – damit meint der Verfügungskläger wohl eine unabhängig von der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft bestehende eigene Klagebefugnis für den Fremdgeschäftsführer einer GmbH als Sachwalter zur Wahrung von deren Gesellschaftsinteressen – gibt es nicht, auch nicht aus Treu und Glauben.

g) Der Rechtsauffassung des Verfügungsbeklagten, dass mittelbare Gesellschafter, also Gesellschafter, die lediglich über mehrere aufeinander aufbauende gesellschaftsrechtliche Beteiligungen wirtschaftliche Interessen an einer (Ur-)Enkel Gesellschaft haben, grundsätzlich nicht selbst in eigenem Namen als Partei klageweise Rechte der Gesellschaft gegen einen Geschäftsführer eben dieser Untergesellschaft geltend machen können und auch im vorliegenden Einzelfall Gründe für eine abweichende Entscheidung nicht gegeben sind, ist nach alldem beizupflichten.

aa) Soweit der Verfügungskläger hiergegen bezogen auf den Streitfall die atypische verschachtelte Gesellschaftskonstruktion einwendet und er eine sich daraus aus seiner Sicht ergebende eklatante Rechtsschutzlücke beklagt, muss er sich entgegenhalten lassen, dass er sich in das gegebene gesellschaftsrechtliche Konstrukt unter internationaler Beteiligung, so wie es sich nach der gegebenen Sach- und Rechtslage darstellt (auf das Schaubild in Anlage AS 1 wird verwiesen), selbst eigenverantwortlich hineinbegeben hat. Auch wenn der Verfügungskläger in der mündlichen Verhandlung vom 2.6.2023 durchaus zu Recht darauf hingewiesen hat, dass dieses Argument zumindest für die gesellschaftsrechtliche Beschlusslage, die durch die im Oktober und Dezember 2021 ohne seine Mitwirkung auf der Ebene der A1 B.V. gefassten Beschlüsse entstanden ist, keine Geltung beanspruchen kann, ändert dies nichts daran, dass er als erfahrener Geschäftsmann sich eigenverantwortlich darauf eingelassen hat, auf der Ebene der X. GmbH lediglich die Position eines einfachen Fremdgeschäftsführers einzunehmen. An dieser Tatsache muss er sich redlicherweise festhalten lassen, nimmt er die Geltung der sich daraus ergebenden Konsequenzen als rechtsverbindlich doch auch für sich selbst – soweit für ihn günstig – in Anspruch, wie dem Senat aus den hier anhängig gewesenen Arrestverfahren in Ansehung seiner Verteidigungsargumentation gegen die ihm gegenüber geltend gemachten Schadensersatzansprüche aus § 43 Abs. 2 GmbHG in direkter und analoger Anwendung bekannt ist.

bb) Eine abweichende Sichtweise ist auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen im Lichte des Justizgewährungsanspruchs geboten.

(1) Der sich aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ergebende Justizgewährungsanspruch umfasst das Recht auf Zugang zu den Gerichten und eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter (BVerfG, Beschluss vom 9.12.2009 – 1 BvR 1542/06, bei Juris Rn. 18). Diese Garantie effektiven Rechtsschutzes richtet sich auch an den Richter, der die Verfahrensordnung

anwendet (BVerfG, Beschluss vom 9.12.2009 – 1 BvR 1542/06, bei Juris Rn. 19). Das Gericht darf ein von der Verfahrensordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und für den Rechtsuchenden „leerlaufen“ lassen (BVerfG, Beschluss vom 9.12.2009 – 1 BvR 1542/06, bei Juris Rn. 19). Demgemäß verbietet es das Rechtsstaatsgebot dem Gericht, bei der Auslegung und Anwendung der verfahrensrechtlichen Vorschriften den Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen von Voraussetzungen abhängig zu machen, die unerfüllbar oder unzumutbar sind oder den Zugang in einer Weise erschweren, die aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigen ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 9.12.2009 – 1 BvR 1542/06, bei Juris Rn. 19).

(2) Daraus kann der Verfügungskläger für die hier entscheidende Frage, ob er als bloß mittelbarer Gesellschafter, also als Gesellschafter, der lediglich über mehrere aufeinander aufbauende gesellschaftsrechtliche Beteiligungen wirtschaftliche Interessen an der X. GmbH hat, selbst in eigenem Namen als Partei klageweise Rechte dieser Gesellschaft gegen einen Geschäftsführer eben dieser Untergesellschaft geltend machen kann, nichts ableiten.

(a) Der verfassungsrechtliche Justizgewährungsanspruch soll effektiven Rechtsschutz im Rahmen der geltenden Rechtsordnung gewähren, er gewährt aber nicht eigenständig prozessuale oder materielle Rechte, die über die geltende Rechtsordnung hinausgehen. Der formelle Parteibegriff ermöglicht die Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses zwischen Personen (Kläger und Beklagter), die materiell-rechtlich keine Beziehung miteinander haben. Damit besteht die Gefahr, dass sich jemand eigenmächtig zum Sachwalter fremder Angelegenheiten macht; Popularklagen wären also möglich (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 51 Rn. 14). Es ist Aufgabe der Prozessführungsbefugnis, solche Popularklagen, also Klagen, die von jemandem erhoben werden, der durch die angegriffene Handlung nicht in eigenen Rechten verletzt wird, auszuschließen (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 51 Rn. 14).

(b) Wenn vor diesem sachlichen Hintergrund ein Gericht in einem eingeleiteten zivilprozessualen Erkenntnisverfahren eine umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes nicht vornimmt, weil es beachten muss, dass eine Sachentscheidung zur Begründetheit nur ergehen darf, wenn die von Amts wegen zu prüfende Voraussetzung der Prozessführungsbefugnis vorliegt (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 51 Rn. 15), dann ist das eine Konsequenz, die der Rechtssuchende nach der deutschen Zivilprozessordnung hinnehmen muss. Es kann in diesem Fall keine Rede davon sein, dass ein von der Verfahrensordnung grundsätzlich eröffnetes Verfahren – wie hier das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung – vom Gericht ineffektiv gemacht würde, zumal hier im Ergebnis lediglich eine nähere Prüfung der Frage unterbleibt, ob die vom Verfügungskläger erhobenen Vorwürfe zu schadensersatzträchtigen Pflichtverletzungen des Verfügungsbeklagten als Geschäftsführer der X. GmbH berechtigt sind und trotz des zwischenzeitlichen Zeitablaufs noch ein glaubhaft gemachter Verfügungsgrund anzunehmen wäre.

3. Zulässig ist der gestellte Verfügungsantrag auf Untersagung bzw. Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse des Verfügungsbeklagten als Fremdgeschäftsführer der X. GmbH nur, soweit der Verfügungskläger ihn auch zur Sicherung von ihm in Anspruch genommener eigener Rechte als weiterer Fremdgeschäftsführer der X. GmbH gestellt hat. Denn wer ein behauptetes Recht als eigenes Recht in Anspruch nimmt, der ist prozessführungsbefugt (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 916 Rn. 16). Insoweit sieht der Senat die Geltendmachung eigener Rechte jedenfalls darin, dass der Verfügungskläger die Ansicht vertritt, ihm stehe als Fremdgeschäftsführer der X. GmbH aufgrund eines Widerspruchsrechts nach § 115 Abs. 1 HGB analog ein sowohl im Eilrechtsschutz als auch im Hauptsacheverfahren durchsetzbarer Individualanspruch auf Unterlassung gegen den Verfügungsbeklagten als Mitgeschäftsführer der X. GmbH zu. Ob dem Verfügungskläger dieses geltend gemachte Individualrecht tatsächlich zusteht und daraus dann auch ein Verfügungsanspruch abzuleiten ist, ist erst eine Frage der Begründetheit des Verfügungsantrags (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl., § 916 Rn. 18).

4. Soweit der Verfügungsantrag nach Maßgabe des Vorstehenden zulässig ist, ist er mangels glaubhaft gemachtem Verfügungsanspruch (§§ 936, 920 Abs. 2, 935, 940 ZPO) unbegründet. Der Verfügungskläger hat als Fremdgeschäftsführer der X. GmbH keinen (eigenen) individualrechtlich begründeten Unterlassungsanspruch gegen den Verfügungsbeklagten, aufgrund dessen er inter partes verlangen könnte, dass die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Verfügungsbeklagten vorläufig einzuschränken ist.

a) Unmittelbare schuldrechtliche Beziehungen zwischen den Parteien, aufgrund derer der Verfügungskläger im Einzelfall persönlich verlangen könnte, dass die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Verfügungsbeklagten vorläufig einzuschränken ist (vgl. hierzu: BGH, Urteil vom 28.6.1982, II ZR 199/81, Rn. 6; OLG Brandenburg, Urteil vom 10.11.2021 – 4 U 97/21, bei Juris Rn. 31; OLG Thüringen, Urteil vom 9.9.2015, bei Juris 2 U 219/15, bei Juris Rn. 40; OLG Thüringen, Urteil vom 8.1.2014 – 2 U 627/13, bei Juris Rn. 31), sind nicht ersichtlich.

b) Solche behauptet der Verfügungskläger auch nicht, er meint jedoch, ihm stehe in seiner Funktion als Geschäftsführer der X. GmbH im Verhältnis zum Verfügungsbeklagten als Mitgeschäftsführer nicht nur ein Kooperationsanspruch, sondern auch ein unmittelbares Informationsrecht und ein Widerspruchsrecht nach § 115 Abs. 1 HGB analog zu und insoweit folge seine Aktivlegitimation jedenfalls aus dem von ihm erklärten Widerspruch gegen Auslandszahlungen der von der X. GmbH als Komplementärin vertretenen Kommanditgesellschaften; er als berechtigt widersprechender Geschäftsführer der X. GmbH habe, so meint er, in Ansehung seines Widerspruchsrechts einen eigenen, im Hauptsache- und Eilverfahren gerichtlich durchsetzbaren Unterlassungsanspruch gegen den Verfügungsbeklagten.

c) Dieser Sichtweise vermag der Senat indes nicht zu folgen, weil sie mit grundlegenden Regeln der internen Kompetenzverteilung zwischen den Organen einer GmbH nicht im Einklang steht.

aa) Im Unterschied zur Aktiengesellschaft, bei der der Vorstand die Gesellschaft eigenverantwortlich leitet, unterliegt der Geschäftsführer der GmbH in der Geschäftsführung nicht nur den Beschränkungen durch die Satzung, sondern auch den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung (vgl. BGH, Urteil vom 8.1.2019 – II ZR 364/18, bei Juris Rn. 33, 37). Von wenigen, den Geschäftsführern als solchen im öffentlichen Interesse zugewiesenen Kompetenzen abgesehen, sind in der GmbH die Gesellschafter das zentrale Entscheidungsorgan. Die GmbH-Gesellschafter bestimmen unmittelbar den Geschäftsführer. Sie fassen in der Gesellschafterversammlung die für die Geschicke der Gesellschaft wesentlichen Entscheidungen, setzen sie durch Weisungen an die Geschäftsführer (§ 37 GmbHG) um und nehmen ein umfassendes Prüfungs- und Überwachungsrecht gegenüber der Geschäftsführung (§ 46 Nr. 6 GmbHG) wahr. In der nicht mitbestimmten Gesellschaft obliegt ihnen die Bestellung und die (jederzeitige) Abberufung sowie die Anstellung und Kündigung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 und 8 GmbHG; vgl. zu alledem: BGH, Urteil vom 8.1.2019 – II ZR 364/18, bei Juris Rn. 33).

bb) Räumen die Satzung oder ein Gesellschafterbeschluss einem Geschäftsführer einer GmbH eine bestimmte Vertretungsmacht ein, so wird dem Geschäftsführer damit regelmäßig zugleich diejenige Geschäftsführungsbefugnis zugebilligt, die mit dieser Vertretung untrennbar verbunden ist. Dies gilt schon deshalb, weil jede Vertretungshandlung (Außenverhältnis) zugleich ohne weiteres eine entsprechende Geschäftsführungsmaßnahme (Innenverhältnis) darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 12.10.1992 – II ZR 208/91, bei Juris Rn. 8; Scholz, GmbHG, 13. Aufl., § 37 Rn. 50; MünchKomm GmbHG/Stephan/Tieves, § 37 Rn. 89; BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowski, 55. Edition, § 37 Rn. 45).

cc) Der Verfügungsbeklagte ist nach der gegebenen Satzungs- und Beschlusslage von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und zur Einzelvertretung berechtigter Fremdgeschäftsführer der X. GmbH. Der Verfügungskläger behauptet nicht, dass die Satzung der X. GmbH abweichend von

der Regelung für das Außenverhältnis eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis der Geschäftsführer für das Innenverhältnis vorsähe. Er behauptet ebenfalls nicht, dass die Alleingeschafterin der X. GmbH, die X1 GmbH & Co KG, einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss mit Bindungswirkung gegen den Verfügungsbeklagten gefasst hätte.

dd) Von der grundsätzlich bestehenden Möglichkeit, sich eine organinterne Geschäftsordnung zu geben (vgl. Lutter/Hommelhof, GmbH-Gesetz, 20. Aufl., § 37 Rn. 29; Gehrlein/Wilt/Vollmer, GmbH-Recht in der Praxis, 4. Aufl., Kapitel 5, I. Rn. 18), haben der Verfügungskläger und der Verfügungsbeklagte unbeschadet der Frage, wie weit eine solch interne Geschäftsordnung reichen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 12.10.1992 – II ZR 208/91, bei Juris Rn. 9; Scholz, GmbHG, 13. Aufl., § 37 Rn. 59; BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek, 55. Edition, § 37 Rn. 42), keinen Gebrauch gemacht, so dass sich auch daraus keine Rechtsbeziehungen mit wechselseitigen Rechten und Pflichten zwischen den Streitparteien ergeben können.

ee) Zwar mag es richtig sein, dass dem Verfügungskläger als Mitgeschäftsführer der X. GmbH unbeschadet der grundsätzlichen Einzelgeschäftsführungsbefugnis des Verfügungsbeklagten in Bezug auf einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen ein Widerspruchsrecht nach § 115 Abs. 1 HGB analog zuzubilligen sein könnte (vgl. allgemein: MünchKomm GmbHG/Stephan/Tieves, § 37 Rn. 89; Scholz, GmbHG, 13. Aufl., § 37 Rn. 59; BeckOK GmbHG/Wisskirchen/Zoglowek, 55. Edition, § 37 Rn. 45; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl., § 37 Rn. 35). Allerdings verkennt der Verfügungskläger nach der vorläufigen Beurteilung des Senats, so wie sie sich nach der derzeitigen Erkenntnislage auf der Grundlage einer möglichst eingehenden Prüfung der Rechtslage im vorliegenden Eilverfahren darstellt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.9.2014 – 1 BvR 23/14, bei Juris Rn. 24), die Reichweite eines solchen Widerspruchsrechts und insbesondere seine Rechtsfolgen.

(1) Die für das Personengesellschaftsrecht der OHG konzipierte Norm des § 115 Abs. 1 Halbs. 2 HGB hat ihren Grund in der Gleichberechtigung aller geschäftsführenden Gesellschafter. Jeder von ihnen ist allein befugt, die Gesellschaft zu vertreten. Bestehen unterschiedliche Auffassungen über die Frage, ob bestimmte geschäftsführende Maßnahmen vorgenommen werden sollen, so verdient keine den Vorzug; bei rechtzeitigem und rechtswirksamem Widerspruch hat die beabsichtigte Handlung zu unterbleiben (vgl. BGH, Urteil vom 11.1.1988 – II ZR 192/87, bei Juris Rn. 11; Urteil vom 8.7.1985 – II ZR 4/85, bei Juris Rn. 7; MünchKommHGB/Jickeli, 5. Aufl., § 115 Rn. 29). Das Widerspruchsrecht des § 115 Abs. 1 Halbs. 2 HGB ist von seiner Grundlage her – als Bestandteil der Geschäftsführungsbefugnis – ebenso wie diese selbst ein mit dem Anteil verbundenes, nicht selbständig übertragbares uneigennütziges Mitgliedschaftsrecht der geschäftsführenden Gesellschafter (vgl. Schäfer in: Staub, HGB, 5. Aufl., § 115 Rn. 5). Es dient dazu, den geschäftsführenden Gesellschaftern Mitsprache und gleichberechtigten Einfluss auf die Leitung der Gesellschaft zu sichern (MünchKommHGB/Jickeli, 5. Aufl., § 115 Rn. 9). Das Widerspruchsrecht ist ausschließlich dem Interesse der Gesellschaft zu dienen bestimmt und darf deshalb nicht zur Durchsetzung individueller Belange benutzt werden (vgl. BGH, Urteil vom 8.7.1985 – II ZR 4/85, bei Juris Rn. 7). Es kann vom Gesellschaftsvertrag erweitert, eingeschränkt oder auch ausgeschlossen werden (MünchKommHGB/Jickeli, 5. Aufl., § 115 Rn. 9). Auch nicht geschäftsführenden Gesellschaftern kann der Gesellschaftsvertrag ein Recht zum Widerspruch einräumen. Die originäre, d.h. organschaftliche Begründung eines Widerspruchsrechts zugunsten eines gesellschaftsfremden Dritten ist dagegen ausgeschlossen vgl. (MünchKommHGB/Jickeli, 5. Aufl., § 115 Rn. 41 m.w.N.).

(2) Das unter Berücksichtigung des Vorstehenden berechtigt ausgeübte Widerspruchsrecht eines geschäftsführenden Gesellschafters hat in einer Personenhandelsgesellschaft demnach zur Folge, dass die betroffene Geschäftsführungsmaßnahme grundsätzlich nicht durchgeführt werden darf. Wenn der Widerspruch berechtigt ist und der vom Widerspruch betroffene Gesellschaftergeschäftsführer die Maßnahme gleichwohl durchführt, dann macht er sich gegebenenfalls gegenüber der Gesellschaft – nicht: gegenüber dem widersprechenden Geschäftsführer – schadensersatzpflichtig (vgl. BGH, Urteil

vom 11.1.1988 – II ZR 192/87, bei Juris Rn. 17 ff.). Wird eine Geschäftsführungsmaßnahme trotz berechtigten Widerspruchs vollzogen, dann stellt dies grundsätzlich einen Verstoß gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung im Sinne von § 114 HGB dar (vgl. Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 5. Aufl., § 115 Rn. 7; MünchKommHGB/Jickeli, 5. Aufl., § 115 Rn. 31). Aufgrund dieser Pflichtverletzung ist der handelnde Gesellschafter verpflichtet, die Folgen seines Tuns zu beseitigen, soweit dies möglich ist und im Gesellschaftsinteresse liegt https://www.juris.de/r3/document-_/search (vgl. BGH, Urteil vom 19.4.1971 – II ZR 159/68, bei Juris Rn. 15; Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 5. Aufl., § 115 Rn. 7). Die Wirksamkeit eines Widerspruchs kann im Wege der Feststellungsklage geklärt werden (vgl. Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 5. Aufl., § 115 Rn. 7). Auch eine Unterlassungsklage gegen die Vornahme einer gegen § 115 Abs. 1 Hs. 2 HGB verstoßenden Maßnahme ist möglich (MünchKommHGB/Jickeli, 5. Aufl., § 115 Rn. 44). Wird Unterlassung begehrt, kann vorläufiger Rechtsschutz in Form einer einstweiligen Verfügung beantragt werden, wenn die zivilprozessualen Voraussetzungen einer Eilbedürftigkeit (vgl. § 935 ZPO) gegeben sind (MünchKommHGB/Jickeli, 5. Aufl., § 115 Rn. 44).

(3) Diese für das Personengesellschaftsrecht geltenden Grundsätze sind auf das Verhältnis zweier reiner Fremdgeschäftsführer einer GmbH aber keinesfalls 1:1 übertragbar. Soweit der Verfügungskläger eine Fundstelle aus Oppenländer/Trölitisch, Praxishandbuch der GmbH Geschäftsführung, 3. Aufl. § 16 Rn. 11 zitiert und meint, aus dieser sei abzuleiten, dass auch innerhalb einer GmbH der widersprechende Geschäftsführer grundsätzlich einen im Wege der Klage bzw. der einstweiligen Verfügung durchsetzbaren Unterlassungsanspruch gegen seine Mitgeschäftsführer habe, so vermag der Senat sich dem nicht anzuschließen. Denn nach Überprüfung der entsprechenden Literaturliteraturfundstelle ist festzustellen, dass diese zum einen auf eine Entscheidung des OLG Hamm, veröffentlicht in BB 1993, 165, und zum anderen auf die Kommentierung von Baumbach/Hopt, HGB, § 115 HGB Rn. 4 verweist. Aus diesen Nachweisen ergibt sich allerdings wiederum nur, dass innerhalb einer Personengesellschaft von einem Gesellschafter die Untersagung einer konkret angekündigten, aber noch nicht durchgeführten Geschäftsführungsmaßnahme, gegen die wirksam Widerspruch eingelegt wurde, begehrt werden kann. Darum geht es hier aber nicht. Soweit in der Vergangenheit einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen von dem Verfügungsbeklagten trotz Widerspruchs des Verfügungsklägers durchgeführt wurden, können diese nicht mehr verhindert werden, es könnte allenfalls eine Rückgängigmachung im Wege des Schadensersatzes erwogen werden. Diese Rückgängigmachung könnte allerdings auch nur die betroffene Gesellschaft – also die X. GmbH – verlangen, weil insoweit allein eine Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnisse im Verhältnis zur Gesellschaft (§ 37 GmbHG) und nicht im horizontalen Verhältnis der Mitgeschäftsführer untereinander zur Diskussion stünde. Der Berufungsbeklagte als reiner Fremdgeschäftsführer ohne Mitgliedschaftsrecht an der X. GmbH wäre insoweit nicht klagebefugt.

(4) Soweit der Verfügungskläger abweichend hiervon augenscheinlich meint, er könne als reiner Fremdgeschäftsführer der X. GmbH aus dem Übergehen seines wiederholt erklärten Widerspruchs gegen einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen in der Vergangenheit einen individuellen Unterlassungsanspruch für die Zukunft hinsichtlich vergleichbarer Geschäftsführungsmaßnahmen des Verfügungsbeklagten ableiten, so folgt der Senat dem nicht. Denn entsprechendes lässt sich weder aus der Kommentierung von Oppenländer/Trölitisch, noch aus der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm noch aus der Kommentierung von Baumbach/Hopt ableiten. Ein solcher individueller Unterlassungsanspruch für den Fremdgeschäftsführer einer GmbH ergibt sich auch weder aus dem Gesetz, noch kann er aus dem Aspekt der Gewährung möglichst effektiven Rechtsschutzes im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens hergeleitet werden. Denn nach der Rechtsauffassung des Senats reicht ein mögliches Widerspruchsrecht des Verfügungsklägers als Mitgeschäftsführer der X. GmbH aus § 115 Abs. 1 HGB analog schlicht nicht so weit, dass er als reiner Fremdgeschäftsführer vorbeugend gegen eine bestimmte Art von Geschäftsführungsmaßnahmen des anderen Fremdgeschäftsführers – hier: gegen die Vornahme von Zahlungen der betroffenen Gesellschaft oder die Vornahme von Zahlungen anderer Gesellschaften, deren Geschäftsführerin die

Gesellschaft ist – einen generellen Widerspruch einlegen und losgelöst von einer Beteiligung der Gesellschafterversammlung bzw. der Alleingesellschafterin allein aus der Ausübung eines solchen Widerspruchs zu seinen Gunsten ein eigenes, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vorläufig zu sicherndes Individualrecht auf eine dahingehende Beschränkung der Einzelvertretungsberechtigung des von dem Widerspruch betroffenen anderen Fremdgeschäftsführers resultieren würde. Denn abgesehen davon, dass das Widerspruchsrecht des § 115 Abs. 1 Halbs. 2 HGB seine Grundlage in dem Mitgliedschaftsrecht des jeweiligen Gesellschafters an der von der Geschäftsführungsmaßnahme betroffenen Gesellschaft hat und der Verfügungskläger sich auf ein solches Mitgliedschaftsrecht im Streitfall nicht berufen kann, würde durch ein solches Ergebnis auch das von der Satzung der Gesellschaft respektive der gesellschaftlichen Beschlusslage ausdrücklich gewollte Prinzip der Einzelverantwortung für einen bestimmten Bereich der Geschäftsführung durch das Prinzip kollektiver Verantwortung ersetzt. Dies würde aber der hierarchischen, von der generellen Kompetenz der Gesellschafterversammlung geprägten Struktur der GmbH-Verfassung und der innergesellschaftlichen Kompetenzordnung, wie sie in § 37 Abs. 1 GmbHG und dem Aufgabenkatalog für die Gesellschafterversammlung in § 46 GmbHG zum Ausdruck kommt, grundlegend zuwiderlaufen. Insoweit findet sich auch in der Kommentierung von Oppenländer/Trölitzsch nur die Aussage, dass der berechtigte Widerspruch eines GmbH-Geschäftsführers zur Folge hat, dass die geplante Geschäftsführungsmaßnahme bis zur Entscheidung der Gesellschafterversammlung grundsätzlich nicht durchgeführt werden darf (vgl. Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH Geschäftsführung, 3. Aufl. § 16 Rn. 11).

(5) Ein abweichendes Ergebnis lässt sich auch nicht auf das Argument des Verfügungsklägers stützen, ein GmbH-Geschäftsführer müsse in einem Fall wie hier zumindest deshalb gegenüber einem weiteren Geschäftsführer aktiv legitimiert sein, um der Gefahr der solidarischen (Mit-)Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG begegnen zu können. Das ist nicht der Fall. Der in diesem Zusammenhang erfolgte Hinweis des Verfügungsklägers auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 22.10.2015 (23 U 4861/14, bei Juris) verfängt nicht, denn das in Bezug genommene Urteil befasst sich im zusprechenden Teil nur mit der Frage, ob ein Geschäftsführer einer GmbH der Gesellschaft nach § 43 Abs. 2 GmbHG zum Schadensersatz verpflichtet sein kann, weil er für ihn erkennbar pflichtwidrige Gehaltszahlungen an sich selbst nicht unterbunden hat. Wieso und inwieweit aus dieser Entscheidung abzuleiten sein sollte, dass sich der Verfügungskläger in seiner Funktion als Fremdgeschäftsführer der X. GmbH zwingend durch Zuerkennung eines individualrechtlich begründeten Unterlassungsanspruchs dagegen wehren können müsste, dass – wie von dem Verfügungskläger geltend gemacht wird – der Verfügungsbeklagte als Mitgeschäftsführer rechtsgrundlos und in strafbarer Weise Gelder der von der X. GmbH als Komplementärin vertretenen Objektkommanditgesellschaften für eigene, gesellschafts- oder sogar gruppenfremde Belange verwendet, erschließt sich nicht. Zum Ausschluss einer Eigenhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG bedarf es der Zuerkennung eines solchen Individualanspruchs nicht, da der Verfügungskläger grundsätzlich nicht für schuldhaftes Fehlverhalten seines Mitgeschäftsführers haftet (vgl. Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH Geschäftsführung, 3. Aufl. § 21 Rn. 15), sondern nur für eigene schuldhafte Pflichtverletzungen gegenüber der von ihm als Geschäftsführer vertretenen Gesellschaft (vgl. Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH Geschäftsführung, 3. Aufl. § 21 Rn. 5 f. und Rn. 16). Wieso der Verfügungskläger vor diesem Hintergrund haften sollte, wenn er im Verhältnis zur X. GmbH und der von ihr als Komplementärin vertretenen Objektkommanditgesellschaften alle ihm unter Berücksichtigung der Bindung an die innerverbandlichen Kompetenzordnungen tatsächlich und rechtlich möglichen und zumutbaren Organisations- und Überwachungsmaßnahmen ergriffen hat, um Schaden infolge eines schuldhaftes Fehlverhaltens eines Mitgeschäftsführers von den Gesellschaften abzuwenden, erschließt sich nicht und wird von dem Verfügungskläger auch nicht aufgezeigt. Der Verfügungskläger ist nach wie vor Geschäftsführer der X. GmbH und aufgrund dieser Organstellung wäre es ihm möglich gewesen, nach der Kenntniserlangung von den dem Verfügungsbeklagten vorgeworfenen gesellschaftsschädigenden Handlungen, die er zum Gegenstand des vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahrens gemacht hat, eine Gesellschafterversammlung der X. GmbH einzuberufen, im Rahmen derer dann über die

Frage der Abberufung oder Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse des Verfügungsbeklagten hätte entschieden werden können. Die Einberufung einer entsprechenden Gesellschafterversammlung wäre dem Verfügungskläger als derzeit noch amtierendem Fremdgeschäftsführer der X. GmbH nach § 49 Abs. 1 GmbHG möglich gewesen, selbst wenn man zugrunde legen wollte, dass zumindest im Innenverhältnis seine Geschäftsführungsbefugnis für die X. GmbH derzeit wirksam und für ihn verbindlich auf eine Gesamtgeschäftsführung zusammen mit dem Verfügungsbeklagten beschränkt ist, denn die Einberufung einer Gesellschafterversammlung gehört nicht zur Geschäftsführung (vgl. MünchKommGmbHG/Liebscher, 4. Aufl., § 49 Rn. 20; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., § 49 Rn. 2), weswegen etwaige Meinungsverschiedenheiten unter den Geschäftsführern über die Notwendigkeit der Einberufung keine Auswirkungen auf die Einberufungskompetenz des Einzelnen haben. Dies ergibt auch Sinn, sind doch Meinungsstreitigkeiten unter den Geschäftsführern ein Zeichen dafür, dass die Einberufung einer Gesellschafterversammlung gerade angezeigt ist (vgl. MünchKommGmbHG/Liebscher, 4. Aufl., § 49 Rn. 20). Außerdem besteht für jeden einzelnen Geschäftsführer das Bedürfnis, sich im Hinblick auf einen Ausschluss der Eigenhaftung gemäß § 43 GmbHG der Rückendeckung durch die Gesellschafter zu vergewissern (vgl. MünchKommGmbHG/Liebscher, 4. Aufl., § 49 Rn. 20). Dem Verfügungskläger hätte es vor diesem Hintergrund also jederzeit freigestanden, eine Gesellschafterversammlung der X. GmbH einzuberufen, um in dieser dann die Gesellschafterversammlung über die Frage der etwaigen Abberufung des Verfügungsbeklagten als Geschäftsführer oder zumindest einer Einschränkung seiner Geschäftsführungsbefugnisse wegen der ihm von dem Verfügungskläger vorgeworfenen gesellschaftsschädigenden Handlungen, die er zum Gegenstand des vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahrens gemacht hat, abstimmen zu lassen. Die X1 GmbH & Co KG ist durch ihre Komplementärin, die X2 GmbH, vertreten durch den Verfügungskläger als Geschäftsführer, auch grundsätzlich handlungsfähig und hätte durch sie bzw. durch den Verfügungskläger als deren Geschäftsführer einen im Sinne des Verfügungsklägers gefassten Beschluss der Gesellschafterversammlung der X1 GmbH & Co KG auch ausführen können. Dem kann der Verfügungskläger nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Einberufung einer entsprechenden Gesellschafterversammlung der X. GmbH hätte von vornherein keinen Sinn gemacht, weil die Alleingesellschafterin, die X1 GmbH & Co KG, ohnehin keinen entsprechenden Gesellschafterbeschluss der X. GmbH in seinem Sinne respektive in dem vom Landgericht zuerkannten Umfang gefasst hätte. Der Senat verkennt nicht, dass auf der Ebene der X1 GmbH & Co KG ein entsprechender Gesellschafterbeschluss nach der gegebenen Satzungslage wohl allein durch die A1 B.V. hätte gefasst werden müssen. Insoweit kann sich der Verfügungskläger aber nicht einfach darauf zurückziehen, dass die A1 B.V. derzeit führungslos sei. Zwar muss der Senat – mangels Gegenvortrags des Verfügungsbeklagten – gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als unstrittig zu Grunde legen, dass die Geschäftsführerin der A1 B.V., die B1 B.V., ihr Amt im August 2022 niedergelegt hat. Das belegt aber noch nicht, dass schon allein deswegen dem Verfügungskläger effektiver Rechtsschutz zur Herbeiführung eines notwendigen Gesellschafterbeschlusses der A1 B.V. und zum Ausschluss einer etwaigen Eigenhaftung als Geschäftsführer der X. GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG versagt gewesen wäre. Denn weder hat der Verfügungskläger dargelegt, dass nach niederländischem Recht in zeitlich überschaubarem Zeitraum – seit August 2022 sind mittlerweile knapp 9 Monate vergangen – keinerlei Möglichkeit bestanden hätte, eine neue Geschäftsführung bei der A1 B.V., notfalls unter Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe, einzusetzen, noch hat er dargelegt, dass es der Einsetzung einer neuen Geschäftsführung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes überhaupt bedürfte. Auf eine neue Geschäftsführung bei der A1 B.V. käme es nämlich dann nicht an, wenn nach niederländischem Recht die Möglichkeit eröffnet wäre, in einem ersten Schritt auf Gesellschafterebene der A1 B.V. über die hier in Rede stehende Frage – Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnisse des Verfügungsbeklagten – einen notwendigen Gesellschafterbeschluss der X1 GmbH & Co KG herbeizuführen und diesen sodann in einem zweiten Schritt auch wirksam werden zu lassen. Dass die Gesellschafter einer niederländischen B.V. in einem Fall, in dem die Gesellschaft zeitweise keinen Geschäftsführer hat, rechtlich nicht in der Lage wären, aus ihrem eigenen Recht als Gesellschafter dahingehend notwendige Beschlüsse zu fassen und sodann auch die notwendigen Maßnahmen zur

Durchsetzung derselben zu ergreifen, hat der Verfügungskläger nicht behauptet. Sollte eine insoweit grundsätzlich mögliche Rechtsdurchsetzung im Ergebnis nur daran scheitern, dass der Verfügungskläger auf Ebene der A1 B.V. stimmrechtlich als Gesellschafter nicht über die notwendigen Mehrheitsverhältnisse verfügt, um entsprechende Maßnahmen in seinem Sinne herbeizuführen, insbesondere auch nicht über die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe, dann wäre dieses Ergebnis letztlich von ihm hinzunehmen, da er auf der Ebene der X. GmbH lediglich reiner Fremdgeschäftsführer ist und er in dieser Funktion keinen Anspruch darauf hat, dass die Gesellschafterversammlung der X. GmbH als insoweit zuständiges Gesellschaftsorgan der GmbH einen Gesellschafterbeschluss, der seiner Rechtsauffassung entspricht, fasst. Zum Ausschluss einer Eigenhaftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG als Fremdgeschäftsführer der X. GmbH ist das aber auch nicht erforderlich, weil man dem Verfügungskläger dann, wenn er unter Einhaltung des durch Gesetz, Satzung und gegebenenfalls Anstellungsvertrag gesteckten Rahmens alle ihm rechtlich möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat, um Schaden von den von ihm als Geschäftsführer vertretenen Gesellschaften abzuwenden, schwerlich vorwerfen kann, dass er im Sinne von § 43 Abs. 1 GmbHG die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in leitender Position bei selbständiger treuhänderischer Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen einzuhalten hat, schuldhaft verletzt hat (zum diesbezüglichen Maßstab siehe: Lutter/Hommelhof, GmbH-Gesetz, 20. Aufl., § 43 Rn. 10; Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH Geschäftsführung, 3. Aufl. § 21 Rn. 6 m.w.N.). Im Übrigen hat der Verfügungskläger im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, dass er zwischenzeitlich in den Niederlanden bei der Handelskammer ein Verfahren auf Einsetzung einer Art Notgeschäftsführung für die A1 B.V. eingeleitet habe. Damit räumt er also ein, dass es grundsätzlich durchaus Möglichkeiten gegeben hätte, um das Problem der Führungslosigkeit der „Muttersgesellschaft“ zu beheben. Der Verfügungskläger hat erklärt, die Verfahrenseinleitung in den Niederlanden sei erfolgt, nachdem eine kürzlich stattgefundene Risikobewertung zur Prognose eines möglicherweise ungünstigen Ausgangs des vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahrens geführt habe. Von der Möglichkeit einer früheren Verfahrenseinleitung in den Niederlanden habe man abgesehen, weil das dortige Verfahren zur Folge haben könne, dass beiden Streitparteien die bisherigen Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung der Gruppengesellschaften genommen würden und diese mögliche Konsequenz habe man nicht ohne weiteres in Kauf nehmen wollen. Selbst wenn der Senat für solch taktische Überlegungen ein gewisses Verständnis hat, so zeigt dieses Eingeständnis doch gleichsam auf, dass es die eklatante Rechtsschutzlücke, die von dem Verfügungskläger im vorliegenden Verfahren beklagt wird, so nicht gibt und die primär gewählte prozessuale Vorgehensweise zumindest mitentscheidend auch von den Eigeninteressen des Verfügungsklägers am Machterhalt in der A1 Gruppe geprägt ist. Das unterstreicht aber nur das vom Senat als für Recht erkannte Ergebnis, das abschließend dahingehend zusammengefasst werden kann, dass das von der deutschen Rechtsordnung dem Rechtssuchenden grundsätzlich eröffnete einstweilige Verfügungsverfahren im Streitfall aus Rechtsgründen nicht – auch nicht übergangsweise – dafür eingesetzt werden kann, den bestehenden Gesellschafterstreit mit der X3 Ltd in der niederländischen A1 B.V. über die Geschäftsführung in den deutschen Gruppengesellschaften und die insoweit entstandenen Fronten zwischen beiden Seiten nach der Auffassung des Verfügungsklägers aufzulösen.

C.

Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 ZPO. Insoweit hatte der Senat in Bezug auf die erstinstanzliche Kostenentscheidung zu berücksichtigen, dass auch der Verfügungsbeklagte mit Blick auf das Unterliegen mit seinen Gegenverfügungsanträgen, die das Landgericht beanstandungsfrei mit demselben Gegenstandswert bemessen hat wie die Anträge des Verfügungsklägers, entsprechend der daraus resultierenden Verlustquote an den Kosten des ersten Rechtzuges zu beteiligen war.

Eines Ausspruchs zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedurfte es nicht, weil das Urteil des Senats als zweitinstanzliche Entscheidung im einstweiligen Verfügungsverfahren keinem Rechtsmittel mehr unterliegt (§ 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO) und ohne besonderen Ausspruch endgültig vollstreckbar ist.