

letzte Aktualisierung: 23.09.2020

OLG Hamm, Urt. v. 27.11.2019 – 8 U 69/19

BGB §§ 164, 1924, 2365; GmbHG §§ 16 Abs. 1 u. 3, 49 Abs. 1

Tod eines Gesellschafters – Ladung des transmortal Bevollmächtigten zur Gesellschafterversammlung

1. Hat ein Gesellschafter einer GmbH einem Dritten eine über den Tod hinaus geltende Vollmacht erteilt, ihn in der Gesellschafterversammlung zu vertreten und die ihm zustehenden Rechte auszuüben, kann nach dem Tod des Gesellschafters und vor Änderung der Gesellschafterliste der Vertreter wirksam zu Gesellschafterversammlungen geladen werden. Der Vertreter kann für den verstorbenen Listengesellschafter dessen Rechte gegenüber der Gesellschaft wahrnehmen.
2. Etwaige Beschlussmängel kann der Erbe des in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters im eigenen Namen gerichtlich geltend machen.
3. Ein Einberufungsmangel zur Gesellschafterversammlung einer GmbH liegt nicht vor, wenn für den zur Einberufung berechtigten Geschäftsführer ein von diesem beauftragter Rechtsanwalt handelt, jedenfalls sofern aus der Ladung hervorgeht, dass der Zuständige Urheber der Einberufung ist.
4. Im Wege der einstweiligen Verfügung kann nach nichtiger oder anfechtbarer Einziehung eines Geschäftsanteils nicht die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste verlangt werden, wenn der eingezogene Geschäftsanteil anschließend in der Gesellschafterliste weder der Gesellschaft noch einer anderen Person zugeordnet worden ist. Der Widerspruch ließe die von der Gesellschafterliste ausgehende Legitimationswirkung unberührt, und für die Besorgnis eines gutgläubigen Erwerbs des Geschäftsanteils fehlt es an der Grundlage.

Oberlandesgericht Hamm, 8 U 69/19

Datum: 27.11.2019
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 69/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2019:1127.8U69.19.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 24 O 47/19

Schlagworte: einstweilige Verfügung; Gesellschafterliste, transmortale Vollmacht, Einberufungsmangel

Normen: BGB § 164; GmbHG §§ 16 Abs. 1, Abs. 3, 49 Abs. 1; ZPO §§ 51 Abs. 1, 935, 940

Leitsätze: 1.

Hat ein Gesellschafter einer GmbH einem Dritten eine über den Tod hinaus geltende Vollmacht erteilt, ihn in der Gesellschafterversammlung zu vertreten und die ihm zustehenden Rechte auszuüben, kann nach dem Tod des Gesellschafters und vor Änderung der Gesellschafterliste der Vertreter wirksam zu Gesellschafterversammlungen geladen werden. Der Vertreter kann für den verstorbenen Listengesellschafter dessen Rechte gegenüber der Gesellschaft wahrnehmen.

2.

Etwaige Beschlussmängel kann der Erbe des in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters im eigenen Namen gerichtlich geltend machen.

3.

Ein Einberufungsmangel zur Gesellschafterversammlung einer GmbH liegt nicht vor, wenn für den zur Einberufung berechtigten Geschäftsführer ein von diesem beauftragter Rechtsanwalt handelt, jedenfalls sofern aus der Ladung hervorgeht, dass der Zuständige Urheber der Einberufung ist.

4.

Im Wege der einstweiligen Verfügung kann nach nichtiger oder anfechtbarer Einziehung eines Geschäftsanteils nicht die Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste verlangt werden, wenn der eingezogene Geschäftsanteil anschließend in der Gesellschafterliste weder der Gesellschaft noch einer anderen Person zugeordnet worden ist. Der Widerspruch ließe die von der Gesellschafterliste ausgehende Legitimationswirkung unberührt, und für die Besorgnis eines gutgläubigen Erwerbs des Geschäftsanteils fehlt es an der Grundlage.

Tenor: Die Berufung der Verfügungskläger gegen das am 09.08.2019 verkündete Urteil des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Verfügungskläger tragen die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

1

I.

2

Die Verfügungskläger (im Folgenden: Kläger) verlangen mit ihrer Berufung in Abänderung des angefochtenen Urteils die Stattgabe ihrer Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt, dem

3

Verfügungsbeklagten (im Folgenden: Beklagten) aufzugeben, es zu unterlassen, als Geschäftsführer der N GmbH tätig zu werden, und einen Widerspruch gegen die inzwischen eingereichte geänderte Gesellschafterliste im Handelsregister anzurufen.

Mit Gesellschaftsvertrag vor dem Notar Dr. H in E vom 03.03.1997 (UR-Nr. ##/1997) gründeten Herr C mit einem Anteil am Stammkapital von 40.000,- DM (40 %), der Beklagte mit einem Anteil von 30.000,- DM (30 %) und Herr W mit einem Anteil von 30.000,- DM (30 %) die N GmbH mit Sitz in O. Gegenstand des Unternehmens sind gemäß § 2 die Herstellung und der Vertrieb von Maschinen auf dem Gebiet der Verpackungstechnik sowie alle diesen Gesellschaftszweck fördernden Hilfs- und Nebengeschäfte. Die §§ 5 und 6 enthalten Regelungen zu der Geschäftsführung und Vertretung sowie zur Gesellschafterversammlung und zu Gesellschafterbeschlüssen, die §§ 9 und 10 Regeln zur Abtretung/Einziehung von Geschäftsanteilen. Wegen der Einzelheiten der Satzung wird ergänzend auf die Anlage AS 6, Bl. 57 ff. d. A., verwiesen.

Gemäß der auch noch im April 2019 gültigen Gesellschafterliste vom 26.10.2010 (Anlage AS 4, Bl. 35 d. A.) war mittlerweile neben Herrn C und dem Beklagten mit deren jeweils gleich gebliebenen Anteilen am Stammkapital die Firma N GmbH selbst Halterin des ursprünglich Herrn W zustehenden Anteils am Stammkapital von 30.000,- DM (30 %). Der Kläger zu 2. war/ist Prokurist des Unternehmens.

Bereits am 10.03.2006 hatte Herr C dem jetzigen Kläger zu 1. und Prozessbevollmächtigten des Klägers zu 2. eine Vollmacht mit dem folgenden Wort-laut erteilt (Anlage AS 2, Bl. 33 d. A.):

*„Hiermit erteile ich, C, geb. 26.02.1958, in meiner Eigenschaft als Gesellschafter der N GmbH, Herrn Rechtsanwalt und Dipl.-Kaufmann T, D-Straße ##, ##### U, **Vollmacht**, mich anlässlich zukünftiger Gesellschafterversammlungen der N GmbH zu vertreten und die mir als Gesellschafter zustehenden Rechte in diesen Gesellschafterversammlungen auszuüben.“*

Des Weiteren erteile ich Herrn Rechtsanwalt und Dipl.-Kaufmann T Vollmacht, meine Interessen als Gesellschafter der N GmbH ggf. vor Gericht, wahrzunehmen.

Diese Vollmacht gilt bei Geschäftsunfähigkeit durch Krankheit oder sonstiger physi-scher Verhinderung, die 30 Tage überschreiten und gilt auch über meinen Tod hinaus. Die Vollmacht kann jederzeit widerrufen werden.“

Ebenfalls am 10.03.2006 hatte Herr C ein privatschriftliches Testament verfasst, in dem er unter Widerruf aller früheren Verfügungen von Todes wegen den Kläger zu 2. als seinen „Lebenspartner und Freund“ zu seinem alleinigen Erben einsetzte. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Urkunde in Anlage zum Protokoll des Landgerichts vom 09.08.2019 (Bl. 270 d. A.) verwiesen.

Am 30.04.2019 verstarb Herr C in Essen (Sterbeurkunde Anlage AS 3, Bl. 34 d. A.). Zu jenem Zeitpunkt war er alleiniger Geschäftsführer der N GmbH. Der Senat hatte nämlich in einem Rechtsstreit mit dem Az. 8 U 61/09 durch Urteil vom 25.11.2009 (Anlage AS 5, Bl. 36 ff. d. A.) in Abänderung eines Urteils des Landgerichts Münster vom 27.02.2009 (Az.: 25 O 164/08) eine von dem jetzigen Beklagten erhobene, gegen seine Abberufung als Geschäftsführer gerichtete Klage rechtskräftig abgewiesen.

Ausweislich des Protokolls des Amtsgerichts Oberhausen vom 21.05.2019 zu dem Az. 6 IV 386/19 über die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen (Anlage zum Protokoll des Landgerichts vom 09.08.2019, Bl. 268 d. A.) wurde das von Herrn C am 10.03.2006 zugunsten des Klägers zu 2. verfasste privatschriftliche Testament eröffnet. Es sind gesetzliche Erben vorhanden. Ein Erbschein war dem Kläger zu 2. bis zum Erlass des angefochtenen Urteils nicht zugegangen.

Mit zwei Einwurfeinschreiben vom 06.06.2019 (Anlagen AS 7 und AS 9, Bl. 71, 73 d. A.) lud der Beklagte die beiden Kläger jeweils zu einer ordentlichen Gesellschafterversammlung der N GmbH – laut Betreff des Schreibens am 08.07.2019, laut dem weiteren Inhalt des Schreibens jedoch am Mittwoch, dem 10.07.2019 – in den Geschäftsräumen der Gesellschaft unter Beifügung einer Tagesordnung u. a. mit TOPs zur Abtretung des Geschäftsanteils des verstorbenen Gesellschafter C an ihn – den Beklagten – und zu seiner Bestellung zum einzelvertretungsberechtigten, von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer ein (Anlagen AS 8, Bl. 73 d. A.). Ob die Einladungen den Klägern jeweils unter Wahrung der 30-tägigen Einberufungsfrist des § 6 Abs. 3 der Satzung wirksam zugegangen sind, steht zwischen den Parteien in Streit. Der Kläger zu 2. berief sich darauf, eine Einladung in seiner Eigenschaft als Prokurist gerichtet an die Gesellschaft nicht erhalten zu haben (eidestattliche Versicherung vom 18.07.2019, Anlage AS 10, Bl. 74 d. A.). Der Kläger zu 1. machte mit Schreiben an den Beklagten vom 13.06.2019 (Anlage AS 13, Bl. 77 ff. d. A.) geltend, dass er mit dem am 11.06.2019 tatsächlich zugegangenen Schreiben nicht wirksam zu der Gesellschafterversammlung eingeladen worden sei, weil sich die von Herrn C erteilte Vollmacht nicht auf die Entgegennahme von Einladungen erstrecke. Das Antwortschreiben des Klägers zu 1. enthielt zudem in der Anlage die Vorlage eines Gesellschafterbeschlusses im Umlaufverfahren, wonach statt des Beklagten die Prokuristen X und S zu Geschäftsführern der Gesellschaft bestellt werden sollten. Hierauf reagierte der Beklagte durch Schreiben seiner jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 02.07.2019 (Anlage AS 14, Bl. 81 ff. d. A.), mit der die Erweiterung der Tagesordnung der Gesellschafterversammlung um den TOP 5 „Einziehung des Geschäftsanteils des verstorbenen Gesellschafters Herrn C“ für den Fall der zum Zeitpunkt der Versammlung noch nicht rechtssicher legitimierten Nachfolge angekündigt wurde.

Gemäß dem von dem Beklagten verfassten und unterschriebenen Protokoll der Gesellschafterversammlung der N GmbH vom 10.07.2019 (Anlage AS 16, Bl. 87 ff. d. A.), an der lediglich der Beklagte mit einem Stimmenanteil von 300 Stimmen und sein jetziger Prozessbevollmächtigter als Bei-stand teilnahmen, stellte der Beklagte als zu TOP 2 bestimmter Versammlungsleiter zu TOP 3 die Ordnungsmäßigkeit der Einladung, aber auch die fehlende Beschluss-fähigkeit der Gesellschafterversammlung fest. Die Folgeversammlung sollte am 29.07.2019 stattfinden. Mit Schreiben seiner jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 11.07.2019 (Anlage AS 17, Bl. 90 f. d. A.) übersandte der Beklagte dem Kläger zu 1. das Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 10.07.2019 nebst Anlagen und lud diesen zur Folgeversammlung am 29.07.2019 mit identischer Tagesordnung ein.

Demgegenüber lud der Kläger zu 1. den Beklagten seinerseits mit Schreiben vom 12.07.2019 zu einer Gesellschafterversammlung am 14.08.2019 ein (Anlage AS 21, Bl. 95 f. d. A.). In den folgenden gewechselten Schreiben vom 17.07.2019 und 18.07.2019 (Anlagen AS 22 und AS 23, Bl. 97 ff., 99 ff. d. A.) stritten der Kläger zu 1. und der Beklagte über die Wirksamkeit der wechselseitigen Einladungen. Das Landgericht Münster wies in dem einstweiligen Verfügungsverfahren mit dem Az. 022 O 70/19 mit Beschluss vom 22.07.2019 (Bl. 10 ff. d. A.) den auf Untersagung der Durchführung der für den 29.07.2019 vorgesehenen Gesellschafterversammlung gerichteten Antrag des Klägers zu 1. gegen den Beklagten (Anlage A I, Bl. 14 ff. d. A.) zurück. Daraufhin unterschrieb der Kläger zu 2. am 25.07.2019 eine Vollmacht, wonach er als Erbe des Herrn C und damit Gesellschafter der N GmbH den Kläger zu 1. zu seiner Vertretung in allen Angelegenheiten auf der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 bevollmächtigte (Anl. zum Protokoll vom 09.08.2019, Bl. 266 f. d. A.). Der Beklagte hatte seinerseits seinen Prozessbevollmächtigten am 10.07.2019 Vollmacht für die Vertretung/Geltendmachung seiner Rechte aus dem Gesellschaftsanteil erteilt (Bl. 103 ff. d. A.).

Unter Umständen, über die die Parteien im Einzelnen streiten, wurden gemäß dem vom jetzigen Prozessvertreter des Beklagten Rechtsanwalt Dr. Y als zu TOP 2 unter Widerspruch des Klägers zu 1. bestelltem Versammlungsleiter unterschriebenen Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 (Anlage AG 1, Bl. 151 ff. d. A.) jeweils mit den Stimmen des Beklagten unter Feststellung der Unwirksamkeit der Stimmabgaben des Klägers zu 1. für diesen selbst und für den Kläger zu 2. zu TOP 5 die Einziehung des Geschäftsanteils des verstorbenen Gesellschafters C und zu TOP 6.1. und 6.2 die Bestellung des Beklagten zum von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer der N GmbH beschlossen. Unstreitig verwehrte der Beklagte dem von dem Kläger zu 1. mitgebrachten weiteren Rechtsanwalt Dr. P die Teilnahme an der Sitzung und hatte der Kläger zu 1., nachdem ihn der Beklagte sowie dessen Bevollmächtigter als Versammlungsleiter auf sein angeblich fehlendes Stimmrecht hingewiesen hatten, die Versammlung bereits vor den obigen Beschlussfassungen verlassen.

In dem **vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren** hat zunächst allein der **Kläger zu 1.** mit Antrag vom 29.07.2019, anhängig seit dem 30.07.2019, geltend gemacht, dass er in seiner Eigenschaft als Vertreter aufgrund transmortaler Vollmacht des verstorbenen Herrn C wirksam die vorläufige Unterlassung der Geschäftsführertätigkeit des Beklagten für die N GmbH, die Unterlassung der entsprechenden Eintragung des Beklagten im Handelsregister und die Unterlassung der Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste zum Handelsregister beantragen könne. Die Beschlussfassung zur Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer vom 29.07.2019 sei nichtig, jedenfalls aber anfechtbar. Zur Begründung hat sich der Kläger zu 1. darauf berufen, weder zu der Erstversammlung vom 10.07.2019 noch zu der Folgeversammlung vom 29.07.2019 ordnungsgemäß unter Einhaltung der Ladungsfristen eingeladen worden zu sein. Ihm – dem Kläger zu 1. – sei zudem in der Versammlung vom 29.07.2019 zu Unrecht sein Teilnahme- und Stimmrecht verweigert worden.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 09.08.2019 hat der Kläger zu 1. erklärt, selbst als Partei aufzutreten. Hilfsweise stelle er die Anträge namens des **Klägers zu 2.**, der nach seiner Behauptung Alleinerbe des Herrn C geworden sei. Wegen der Einzelheiten der Erörterung wird auf das Sitzungsprotokoll vom 09.08.2019 (Bl. 264 ff. d. A.) verwiesen.

Die Kläger haben erstinstanzlich - in erster Linie der Kläger zu 1. und hilfsweise der Kläger zu 2. – beantragt, eine einstweilige Verfügung folgenden Inhalts zu erlassen:

Dem Beklagten wird aufgegeben, es zu unterlassen:

- 1. sich aufgrund eines Beschlusses einer am 29.07.2019 durchgeföhrten Gesellschafterversammlung der N GmbH als Geschäftsführer dieser Gesellschaft in das Handelsregister des Amtsgerichts Coesfeld HRB #### einzutragen;
- 2. als Geschäftsführer der N GmbH auf Grundlage eines Bestellungsbeschlusses einer Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 für die Gesellschaft tätig zu sein und für diese aufzutreten;
- 3. eine neue Liste der Gesellschafter zum Handelsregister der Gesellschaft, Amtsgericht Coesfeld HRB ####, einzureichen.

Der **Beklagte** hat beantragt,

die Verfügungsanträge zurückzuweisen.

Er hat den Hauptantrag für unzulässig gehalten, weil der verstorbene ehemalige Gesellschafter C nicht parteifähig sei und damit auch nicht von dem Kläger zu 1. kraft transmortaler Vollmacht vertreten werden könne. Der Kläger zu 2. sei nicht aktivlegitimiert, weil er nicht gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG in der Gesellschafterliste eingetragen sei. Eine Legitimation als Alleinerbe liege für ihn ebenfalls nicht vor. Hilfsweise sei das Verfahren gemäß § 246 Abs. 1 ZPO bis zur Klärung der Erbfolge auszusetzen. In der Sache selbst fehle es an einem Verfügungsanspruch, weil der Beschluss über seine – des Beklagten – Bestellung zum Geschäftsführer wirksam sei. Insbesondere seien die nach dem Gesetz und dem Gesellschaftsvertrag zu beachtenden Einladungsfristen gewahrt worden.

Das Landgericht hat mit **erstinstanzlichem Urteil vom 09.08.2019 (Bl. 273 ff. d.A.) die einstweiligen Verfügungsanträge zurückgewiesen**. Zur **Begründung** hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass der Hauptantrag unzulässig sei und der Hilfsantrag unbegründet. Hinsichtlich des Verfügungsbegehrens durch den Kläger zu 1. in seiner Eigenschaft als Vertreter des Herrn C fehle es an der Parteifähigkeit gemäß § 50 ZPO. Parteifähig sei, wer rechtsfähig sei; dies ende mit dem Tode. Namens des verstorbenen Herrn C könne deshalb ein Antrag bei Gericht nicht mehr wirksam erhoben werden. Die Parteifähigkeit einer am Rechtsstreit beteiligten Partei bzw. deren Mangel sei vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen; ohne sie dürfe ein Sachurteil nicht ergehen. Auch unter Berücksichtigung der transmortalen Vollmacht könne nicht angenommen werden, dass der Kläger zu 1. in gewillkürter Prozessstandschaft Rechte des Verstorbenen im eigenen Namen gerichtlich geltend machen könne. Hierzu sei jedenfalls außerhalb der Ermächtigung auch ein schutzwürdiges rechtliches Interesse an der Prozessführung in der Person des Klägers zu 1. erforderlich, welches nicht ersichtlich sei. Soweit aufgrund der transmortalen Vollmacht grundsätzlich ein gerichtliches Vorgehen des Klägers zu 1. für den oder die Erben des verstorbenen Herrn C in Betracht komme, habe der Kläger zu 1. seine Anträge im Ergebnis nicht mit Erfolg hilfsweise im Namen des Klägers zu 2. gestellt, weil diese mangels dessen erforderlicher Aktivlegitimation unbegründet seien. Aktiv legitimiert für eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen einen Gesellschafterbeschluss sei ausschließlich der einzelne Gesellschafter. Es stehe nicht fest und sei auch nicht mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht, dass der Kläger zu 2. Alleinerbe des verstorbenen Gesellschafters C und damit Gesellschafter der N GmbH geworden sei. Zwar sei der Kläger zu 2. ausweislich des zu Protokoll des Amtsgerichts Oberhausen eröffneten Testaments vom 10.03.2006 zum Alleinerben des Verstorbenen eingesetzt worden. Dies weiche jedoch von der gesetzlichen Erbfolge gemäß §§ 1924 ff. BGB ab; es seien gesetzliche Erben des Herrn C vorhanden. Mangels Erteilung eines die Vermutungswirkung des § 2365 BGB innehabenden Erbscheins genügten die bisher eingereichten Unterlagen nicht, um einen hinreichend sicheren Nachweis der Erbenstellung des Klägers zu 2. zu führen. Abgesehen davon schließe sich das Gericht der Auffassung an, dass auch für den Fall einer Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfall bei der Beurteilung der Anspruchsberechtigung § 16 Abs. 1 GmbHG zu beachten sei. Eine Anspruchsberechtigung des Klägers zu 2. sei schon deshalb zu verneinen, weil er nicht als Gesellschafter in die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) aufgenommen sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Berufung der Kläger** mit dem weiterverfolgten Ziel der vorläufigen Untersagung von Geschäftsführertätigkeiten des Beklagten und dem neuen Begehr der Zuordnung eines Widerspruchs zur angemeldeten Gesellschafterliste. Nachdem zwischenzeitlich das Amtsgericht Coesfeld zu den Handelsregisterakten HRB ##### auf Antrag des Beklagten diesen als Geschäftsführer eingetragen und die nur noch ihn und die N GmbH mit Anteilen von je 30.000,00 DM ausweisende Gesellschafterliste (Anl. A, Bl. 347 d. A.) elektronisch aufgenommen hat, zu Gunsten des Klägers zu 2. durch das Amtsgericht Oberhausen am 08.08.2019 ein Erbschein als Alleinerbe des C erteilt worden ist (Anl. BK 2, Bl. 360 d. A.), der dem Kläger zu 2. durch seinen Notar am 21.08.2019 zugegangen ist (E-Mail Anl. BK 3, Bl. 361 d. A.), sowie der Kläger zu 1. in der Hauptsache Nichtigkeitsklage bzgl. sämtlicher auf der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 gefassten Beschlüsse beim Landgericht Münster zum Az. 023 O 54/19 erhoben hat, machen die Kläger zur Begründung ihres Rechtsmittels im Wesentlichen Folgendes geltend:

- Das Landgericht habe die Anträge im einstweiligen Verfügungsverfahren zu Unrecht zurückgewiesen. 30
31
- Hinsichtlich des Klägers zu 1. seien die Vorschriften der §§ 50, 51 ZPO fehlerhaft angewendet worden. 32
Sehr wohl sei von dessen Parteifähigkeit auszu gehen. Zwar ende diese im Sinne des § 50 ZPO mit dem Tod einer Person, so dass Herr C nicht mehr parteifähig sein könne. Die Parteifähigkeit des Klägers zu 1. sei jedoch gegeben. Dieser sei auch prozessführungsbefugt im Sinne des § 51 ZPO, weil er die Rechte des verstorbenen Herrn C im eigenen Namen im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend machen könne. Dies folge aus der transmortalen Vollmacht, die weder durch Herrn C noch durch dessen Erben widerrufen worden sei und nach ihrem Inhalt auch über dessen Tod hinaus habe gelten sollen.
- Angesichts der über viele Jahre engen Zusammenarbeit mit dem verstorbenen Gesellschafter Herrn C und der Beratung im Rahmen seiner Gesellschafterrechte habe er – der Kläger zu 1. – ein eigenes schutzwürdiges Interesse daran, dessen rechtliche Vertretung über den Tod hinaus bis zur Klärung der gesellschaftsrechtlichen Nachfolge zu gewährleisten. 33
- Auch der Kläger zu 2. sei parteifähig, prozessführungsbefugt und aktiv legitimiert, so dass jedenfalls die Zulässigkeit und Begründetheit des Hilfsantrags habe bejaht werden müssen. Durch den zwischenzeitlich erteilten Erbschein werde der Kläger zu 2. als Alleinerbe ausgewiesen, womit jegliche Unklarheit hinsichtlich 34

der Erbenstellung beseitigt sei. Unter Berücksichtigung der eigenen Ausführungen des Landgerichts könne mit dem Erbschein ein sicherer Nachweis der Erbenstellung geführt werden. Obwohl der Erbschein am 08.08.2019 erteilt worden sei, habe der Kläger zu 2. diesen vor dem Urteil vom 09.08.2019 noch nicht vorlegen können, weil er ihn erst am 21.08.2019 von dem von ihm beauftragten Notar erhalten habe. Es handele sich demnach um eine neu zuzulassende Tatsache.

- Auch die zurzeit noch fehlende Eintragung des Klägers zu 2. in der Gesellschafterliste ändere nichts an der Begründetheit des Hilfsantrags. Die Voraussetzungen für die Eintragung des Klägers zu 2. in die Gesellschafterliste lägen vor, so dass eine solche umgehend erfolgen könne. Auch wenn eine Eintragung zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht vorgenommen worden sei, müsse von der Aktivlegitimation des Klägers zu 2. ausgegangen werden. Er habe gegenüber dem Beklagten seine Alleinerbenstellung bereits geltend gemacht. Zwar könnten Gesellschafterrechte, insbesondere Stimmrechte, gemäß § 16 GmbHG erst dann ausgeübt werden, wenn ein Nachfolger in der Gesellschafterliste eingetragen worden sei. Dies könne jedoch gem. § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG geheilt werden. Indem der Beklagte weder den Nachweis der Erbenstellung abgewartet habe noch von der Möglichkeit des § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG Gebrauch gemacht worden sei, sondern ohne Einbeziehung des Klägers zu 2. Gesellschafterbeschlüsse zu dessen Nachteil gefasst worden seien, liege eine rechtsmissbräuchliche Umgehung vor. 35
- Hinsichtlich des jetzigen Antrags zu 2. auf Zuordnung eines Widerspruchs zu der zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste liege eine zulässige, da gem. § 533 ZPO sachdienliche Antragsänderung vor. Angesichts der inzwischen erfolgten Handelsregistereintragungen könne der Zweck der ursprünglichen Anträge zu 2. und zu 3. auf Unterlassung der entsprechenden Eintragungen im Handelsregister nicht mehr erreicht werden. 36
- In der Sache selbst sei die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis durch einstweilige Verfügung zulässig. Im Rahmen der §§ 935, 940 ZPO sei im Gesellschaftsrecht die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung zur Regelung des Zwischenzustandes beim Streit um die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis als angemessenes Mittel, auch zur einstweiligen Untersagung der Ausübung von Geschäftsführerbefugnissen, anerkannt. 37
- Der Gesellschafterbeschluss auf Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer sei aus den Gründen des Vorbringens erster Instanz nichtig und eine Untersagung der Ausführung der Geschäftsführerrechte daher erforderlich und eilig. Der Beklagte habe die Möglichkeit, als Geschäftsführer für die N GmbH trotz nichtiger Bestellung aufzutreten und für diese im Rechtsverkehr verbindliche Verpflichtungen einzugehen. Derartige Tätigkeiten habe der Beklagte nach dem Erlass des angefochtenen Urteils auch entfaltet, indem er durch Schreiben vom 27.08.2019 die Prokura des Klägers zu 2. widerrufen und dessen Anstellungsverhältnis zu der N GmbH mit weiterem Schreiben vom 25.09.2019 fristgemäß zum 31.03.2020 gekündigt sowie ihm weitere Tätigkeiten für die Gesellschaft unter Freistellung von der Arbeitsleistung untersagt habe (Anlagen BK 7 und BK 8). Des Weiteren habe der Beklagte sich durch einen allein vom ihm gefassten Gesellschafterbeschluss vom 07.09.2019 - trotz Tätigkeit als Geschäftsführer für das konkurrierende Fremunternehmen M GmbH - bei der N GmbH zum alleinigen verantwortlichen Leiter des Geschäftsbereichs „Kfm. Leiter des Controllings sowie der Finanz- und Personalabteilung“ bestellt (Anlage BK 8). Allein aus den vorstehenden Aktivitäten sei der Verfügungsgrund augenfällig. 38
- Auch die der eingereichten Gesellschafterliste zu Grunde liegenden Beschlüsse seien nichtig. Zum Handelsregister sei somit eine Gesellschafterliste eingereicht worden, welche einen Rechtsschein für die Zuordnung der Gesellschaftsanteile nach außen erzeuge, der nicht den Tatsachen entspreche. Die Eintragung eines Widerspruchs sei daher erforderlich und eilig. 39

Nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 27.11.2019 stellen die **Kläger** ihre Anträge nicht länger im Rahmen eines subjektiven Haupt- und Hilfsantragsverhältnisses, sondern beantragen beide gleichermaßen primär, 40

unter Abänderung des angefochtenen Urteils: 41

- 1. dem Verfügungsbeklagten aufzugeben, es zu unterlassen, als Geschäftsführer der N GmbH auf Grundlage eines Bestellungsbeschlusses einer Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 für die Gesellschaft tätig zu sein und für diese aufzutreten; 42
43
- 2. der vom Verfügungsbeklagten zum Handelsregister eingereichten Ge-sellschafterliste gemäß der beigefügten Anlage A (Bl. 347 d. A.) einen Widerspruch zuzuordnen. 44

Der **Beklagte** beantragt, 45

die Berufung zurückzuweisen. 46

Er widerspricht der subjektiven Klageänderung im Senatstermin, verteidigt die angefochtene Entscheidung unter 47

Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens gegen die Berufungsangriffe der Kläger und macht im Wesentlichen Folgendes geltend:

- Das Landgericht sei zu Recht von der fehlenden Parteifähigkeit gemäß § 50 ZPO des durch den Kläger zu 1. vertretenen Herrn C ausgegangen. Der im Namen des Verstorbenen gestellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei damit unzulässig. 48
49
- Soweit der Antrag durch den Kläger zu 1. persönlich gestellt worden sei, sei dieser mangels Vorliegens der notwendigen Prozessführungsbefugnis gemäß § 51 ZPO ebenfalls unzulässig, es handele sich um die falsche Partei. 50
- Der Kläger zu 1. persönlich sei darüber hinaus nicht aktivlegitimiert, weil er unstreitig zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter der N GmbH gewesen sei, § 16 Abs. 1 GmbHG. Ihm stünden in Bezug auf die Verfügungsanträge keinerlei eigene materielle-rechtliche Rechte oder Ansprüche zu, sodass sein Antrag damit jedenfalls unbegründet sei. 51
- Auch der Kläger zu 2. verfüge weder über die notwendige Prozessführungs-befugnis noch über die notwendige Aktivlegitimation. Er sei ebenfalls zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter der N GmbH, so dass er keinen Anspruch auf Unterlassung habe. 52
- Im Übrigen fehle es den Klägern jeweils an einem Rechtsschutzbedürfnis, denn sowohl seine – des Beklagten – Eintragung als Geschäftsführer als auch die Einreichung, Einstellung und Veröffentlichung der neuen Liste der Gesellschafter zum Handelsregister sei bereits erfolgt. 53
- Da der Beschluss über seine – des Beklagten – Bestellung zum Geschäftsführer durch einen Versammlungsleiter festgestellt worden sei, sei dieser bis zur etwaigen rechtskräftigen Feststellung des Gegenteils als voll wirksam zu behandeln, so dass dem Verfügungsantrag zu 2. auch deshalb das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Das angestrebte Rechtsschutzziel sei nur noch in der Hauptsache, nicht aber mehr im vorliegenden Verfahren zu erreichen. 54
- Schließlich sei auch der im Berufungsverfahren erstmals gestellte Antrag auf Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste mangels sachdienlicher Antragsänderung unzulässig und zudem unbegründet, weil keine ersatzweise Neubildung des eingezogenen Gesellschaftsanteils stattgefunden habe. 55

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und der zu den Gerichtsakten gereichten Unterlagen verwiesen. 56

II. 57

Die Berufung der Kläger ist zulässig, aber unbegründet. 58

A. Zulässigkeit der Berufung: 59

Die Berufung der Kläger ist gem. § 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO gegen das in erster Instanz ergangene Endurteil des Landgerichts, das sie mit mehr als 600,- € beschwert, statthaft. Sie ist auch fristgerecht innerhalb der Monatsfrist des § 517 ZPO schriftlich beim Senat eingelegt (§ 519 Abs. 1 ZPO) und innerhalb der Begründungsfrist des § 520 Abs. 2 S. 1 ZPO begründet worden. 60

I. 61

Soweit bezüglich des Klägers zu 1. in Streit steht, ob dieser aufgrund transmortaler Vollmacht für den Verstorbenen Herrn C oder im eigenen Namen wirksam selbst im einstweiligen Verfügungsverfahren die Hauptanträge erster Instanz sowie nunmehr die geänderten Anträge im Berufungsverfahren stellen kann, steht dies der Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht entgegen. Es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass der Kläger einer erstinstanzlich als unzulässig abgewiesenen Klage hiergegen in zulässiger Weise Berufung einlegen und diese den Anforderungen des § 520 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ZPO genügend bei hinreichender Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Urteils im Wesentlichen durch die Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlich für die Zulässigkeit seines Klageantrags vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Vorbringens begründen kann (BGH, Beschluss vom 07.06.2018, I ZB 57/17, juris). Diesen Anforderungen wird der Berufungsvortrag des Klägers zu 1. gerecht, der unter Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Landgerichts zu den Anforderungen der §§ 50, 51 ZPO weitergehend begründet, warum er die Anträge in zulässiger Weise kraft transmortaler Vollmacht für den verstorbenen Herrn C bzw. in gewillkürter Prozessstandschaft im eigenen Namen geltend machen könne. 62

II. 63

Die teilweise **Antragsänderung** der Kläger im Berufungsverfahren ist gem. § 533 ZPO zulässig. Dies gilt sowohl 64

in objektiver wie auch in subjektiver Hinsicht.

1. Erstinstanzlich hatten die Kläger mit den Anträgen zu 1. und 3. noch angestrebt, im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung des Beklagten als Geschäftsführer und die Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister zu verhindern. Nachdem nach Verkündung des angefochtenen Urteils am 23.08.2019 zum Handelsregister HRB ##### die Eintragung des Beklagten als Geschäftsführer vollzogen und die elektronische Speicherung der Gesellschafterliste Anlage A (Bl. 347 d.A.) freigegeben worden ist, haben die Kläger ihr Rechtsschutzziel mit dem Berufungsantrag zu 2. in zulässiger Weise dahingehend geändert, dass der vom Beklagten zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste ein Widerspruch zuzuordnen sei. Ein solcher Antrag auf Zuordnung eines Widerspruchs gegen eine nach § 16 GmbHG zum Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste ist im einstweiligen Verfügungsverfahren grundsätzlich zulässig und angesichts des dargelegten Ablaufs vorliegend auch sachdienlich; ob ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund vorliegen, ist demgegenüber eine Frage der Begründetheit (vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.08.2014, 12 W 1568/14, juris). Die nach der Verkündung des angefochtenen Urteils erfolgte Freigabe der Gesellschafterliste zur Hinterlegung im elektronischen Sonderband des Handelsregisters – die keine Eintragung im Handelsregister im Sinne des § 16 Abs. 2 HGB (direkt oder analog) darstellt (KG Berlin, Beschluss vom 12.12.2016, 23 W 43/16) – ist eine Tatsache, die der Senat seiner Entscheidung gemäß den §§ 533 Nr. 2, 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO zugrunde zu legen hat. Da die Aufnahme der Liste zum Handelsregister erst nach dem angefochtenen Urteil erfolgt ist, waren die Kläger ohne Nachlässigkeit daran gehindert, sie schon in erster Instanz vorzutragen. Insoweit ist die Umstellung des Antrags auf die Zuordnung eines Widerspruchs zur Wahrung effektiven vorläufigen Rechtsschutzes auch als sachdienlich im Sinne des § 533 Nr. 1 ZPO anzusehen.

2. Auch die von den Klägern in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vom 27.11.2019 erklärte subjektive Antragsänderung, die Berufungsanträge zu 1. und 2. nicht länger primär für den Kläger zu 1. und nur hilfsweise für den Kläger zu 2., sondern von beiden primär zu stellen, ist am Maßstab des für die subjektive Klageänderung im Berufungsverfahren entsprechend geltenden § 533 ZPO (vgl. dazu Heßler, in: Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 533 Rn. 4) gemessen zulässig, weil der Senat sie ebenfalls als sachdienlich erachtet. Der Beklagte hat im Senatstermin zutreffend darauf hingewiesen, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ein Parteiwechsel unter einer hilfsweisen Bedingung nicht wirksam erfolgen kann, soweit der Anspruch des weiteren hilfsweisen Klägers unter der prozessualen Bedingung stehen soll, dass das Gericht den Anspruch der in erster Linie auftretenden Partei für nicht erfolgreich hält (vgl. BGH, Urteil vom 21.04.2004, VIII ZR 209/13, NJW-RR 2004, S. 640 ff., juris; BverwG, Urteil vom 13.07.2011, 8 C 10.10, NJW 2011, S. 3671, juris, Rn. 28 ff.). Die Kläger haben hieraus die notwendige Konsequenz gezogen, indem sie die mit der Berufung verfolgten einstweiligen Verfügungsanträge nunmehr gleichermaßen primär stellen. Dies ist sachdienlich, um den tatsächlich und inhaltlich identisch bleibenden Prüfungsstoff des Berufungsverfahrens zu der Zulässigkeit und Begründetheit der jeweiligen Anträge der beiden Kläger umfassend und abschließend im summarischen einstweiligen Verfügungsverfahren zu beurteilen.

B. Begründetheit der Berufung:

Die Berufung der Kläger ist jedoch unbegründet, weil das Landgericht die einstweiligen Verfügungsanträge im Ergebnis zu Recht als teils unzulässig, teils unbegründet zurückgewiesen hat.

I. Zulässigkeit der einstweiligen Verfügungsanträge:

Die im Berufungsverfahren teilweise geänderten einstweiligen Verfügungsanträge sind, soweit sie von dem Kläger zu 1. für den verstorbenen Herrn C bzw. dessen Erben im eigenen Namen kraft transmortaler Vollmacht bzw. aufgrund gewillkürter Prozessstandschaft gestellt worden sind, unzulässig, während die ihm Namen des Klägers zu 2. gestellten Verfügungsanträge zulässig sind.

1. An der **Statthaftigkeit** der einstweiligen Verfügungsanträge der Kläger gem. den §§ 935, 940 ZPO bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Dabei kann angesichts des auf Rechtsfolgenseite gem. § 938 Abs. 1 ZPO bestehenden gerichtlichen Ermessens offenbleiben, ob das Rechtsschutzziel der Berufung, dem Beklagten vorläufig bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache die Tätigkeit und das Auftreten als Geschäftsführer der N GmbH zu untersagen und der zum Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste einen Widerspruch zuzuordnen, vorrangig auf eine Sicherungsverfügung i. S. d. § 935 ZPO, auf eine Regelungsverfügung i. S. d. des § 940 ZPO oder auf eine Leistungsverfügung nach § 940 ZPO analog gerichtet ist. Im Hinblick auf das mittlerweile eingeleitete Hauptsache-Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsklageverfahren vor dem Landgericht Münster mit dem Az. 023 O 54/19 geht es den Klägern jedenfalls nicht um eine Vorwegnahme der Hauptsache.

Besteht Streit über das ordnungsgemäße Zustandekommen des Beschlusses zur Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH, so bedeutet das unabhängig davon, ob in der Hauptsache ein Nichtigkeits- oder ein bloßer Anfechtungsgrund infrage steht, bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung eine Rechtsunklarheit über die weitere Entwicklung, und es kollidieren die Interessen des Geschäftsführers und der GmbH hinsichtlich einer vorläufigen Regelung für diesen Schwebezustand. Ist ein Beschlussergebnis im Sinne der Bejahung des zur Abstimmung gestellten Beschlussantrags festgestellt worden, ist diese Feststellung, sofern sie bestimmte Voraussetzungen erfüllt (Feststellungskompetenz des ordnungsgemäß bestellten Versammlungsleiters auf Grundlage der Satzung oder im allseitigen Einverständnis der Gesellschafter), vorläufig verbindlich in dem Sinn,

65

66

67

68

69

70

72

dass die Unrichtigkeit der Feststellung rechtzeitig geltend gemacht werden muss. In der Hauptsache bedarf es hiergegen der fristgebundenen Erhebung der Anfechtungsklage analog den §§ 241 ff., 246 AktG bzw. der Nichtigkeitsklage analog § 249 AktG (Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl., Anh. § 47 Rn. 118). Gleichermaßen ist in diesem Falle einstweiliger Rechtsschutz gegen die Durchführung des aus Sicht des Antragstellers mangelhaften Beschlusses statthaft (vgl. Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, a.a.O., Anh. § 47 Rn. 194 ff.).

2. Soweit im Berufungsverfahren im Kern weiterhin die **Verfahrensführungsbefugnis** der Kläger zwischen den Parteien in Streit steht, ist wie folgt zu differenzieren: 73

a) Verfahrensführungsbefugnis des Klägers zu 1.: 74

Der Kläger zu 1. persönlich ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zur Führung des vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahrens befugt. 75

aa) Verfahrensführung kraft transmortaler Vollmacht für Herrn C: 76

Zu Recht hat das Landgericht eine Verfahrensführungsbefugnis des Klägers zu 1. kraft transmortaler Vollmacht für den verstorbenen Herrn C abgelehnt. 77

(1) Zwar umfasst die von Herrn C am 10.03.2006 schriftlich ausgestellte und unterschriebene Vollmacht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter der N GmbH zu Gunsten des Klägers zu 1. nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut auch eine **transmortale Geltung**, soweit es im letzten Absatz ausdrücklich heißt: „Diese Vollmacht gilt auch über meinen Tod hinaus.“ Damit ist die Vollmacht nicht mit dem Tod des Herrn C erloschen, sondern wirkt der Inhalt der Bevollmächtigung einschließlich der ihr zu Grunde liegenden Beauftragung des Klägers zu 1. mit der Wahrnehmung der Rechte in Gesellschafterversammlungen gemäß den §§ 168 S. 1, 672 S. 1 BGB grundsätzlich fort. 78

(2) Eine derartige transmortale Vollmacht befugt den Bevollmächtigten indes nicht, nach dem Tod des Vollmachtgebers diesen noch außergerichtlich oder vor Gericht als Partei zu vertreten. Die Parteifähigkeit und Rechtsfähigkeit des Herrn C i.S.d. § 50 Abs. 1 ZPO endete mit dessen Tod am 30.04.2019 (vgl. Althammer, in: Zöller, a.a.O., § 50 Rn. 4). Dementsprechend ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass eine grundsätzlich zulässige transmortale Vollmacht zwar nach dem Tod des Vollmachtgebers weiterwirkt, nunmehr aber nur noch zu Rechtshandlungen **für dessen Erben** befugt; unmittelbare eigene Rechtshandlungen des Bevollmächtigten sind nach dem Tod des Vollmachtgebers demgegenüber grundsätzlich unzulässig (BGH, Urteil vom 24.03.2009, XI ZR 191/08, juris; Grunewald, ZEV 2014, S. 579 ff.). Ein prozessuales Handeln ist aufgrund der Vollmacht insofern gem. § 164 Abs. 1 BGB von vornherein wirksam nur im Namen des vertretenen Erben möglich. 79

Soweit der Kläger zu 1. also in erster Instanz und nunmehr fortgesetzt im Berufungsverfahren auf Aktivseite „aufgrund transmortaler Vollmacht des verstorbenen C“ auftritt und prozessual handelt, ist dies unzulässig. 80

bb) Verfahrensführung im eigenen Namen kraft gewillkürter Prozessstandschaft: 81

Ebenso wenig ist der Kläger zu 1. verfahrensführungsbefugt und aktivlegitimiert, soweit er erklärt hat, er trete kraft gewillkürter Prozessstandschaft im Sinne des § 51 Abs. 1 ZPO selbst als Partei auf. 82

Gemäß § 51 Abs. 1 ZPO bestimmt sich die Notwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozessführung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Bei der **gewillkürten Prozessstandschaft** handelt es sich insoweit um die gerichtliche Gel-tendmachung **fremder Rechte im eigenen Namen aufgrund Ermächtigung durch den Rechtsinhaber**. Sie setzt außer der Ermächtigung durch den Rechtsinhaber voraus, dass ein schutzwürdiges rechtliches Eigeninteresse an der Prozessführung sowohl des klagenden Prozessstandschafters als auch des ermächtigenden Rechts-inhabers gegeben sind (vgl. Althammer, in: Zöller, a.a.O., Vor § 50 Rn. 38 ff.). 83

An diesen Voraussetzungen fehlt es vorliegend. Der Kläger zu 1. macht im Berufungsverfahren weiterhin geltend, dass er im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft die Rechte des verstorbenen Herrn C im eigenen Namen geltend machen könne, wobei sich sein eigenes schutzwürdiges Interesse daraus ergebe, dass er dessen gesellschaftsrechtliche Beteiligung und die daraus erwachsenden rechtlichen Interessen als Gesellschafter auch nach dessen Tod bis zur Klärung der gesellschaftsrechtlichen Nachfolge wahre. 84

Wie bereits oben festgestellt, begründet aber die Ermächtigung durch die transmortale Vollmacht ab dem Tod des Herrn C kein fremdes Recht dieses Ermächtigenden mehr, das der Kläger zu 1. überhaupt im Wege gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen könnte. Vielmehr hat der Kläger zu 1. dadurch nur die Befugnis, Rechtshandlungen für den Erben des Herrn C vorzunehmen. In der Berufsbegründung (dort S. 3 u. 4, Bl. 348, 349 d. A.) beruft sich der Kläger zu 1. indes ausdrücklich (nur) auf eine Prozessstandschaft für den verstorbenen Herrn C, nicht für dessen Erben. Selbst wenn die Erklärungen des Klägers zu 1. anders zu verstehen sein sollten, hat er jedenfalls nicht darlegt, worin schützenswerte rechtliche Interessen an einer Prozessstandschaft zugunsten des Erben liegen sollten. Dieser ist als inzwischen gleichrangig antragstellender Kläger zu 2. selbst an dem 85

vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren beteiligt.

cc) Verfahrensführungsbefugnis kraft § 16 GmbHG:

Schließlich ergibt sich die Verfahrensführungsbefugnis des Klägers zu 1. auch nicht aus der Wirkung der früheren Gesellschafterliste (§ 16 GmbHG) vom 26.10.2010. Auch wenn deren Legitimationswirkung der unwiderleglichen Vermutung der Gesellschafterstellung sich grundsätzlich weiterhin auf den verstorbenen Gesellschafter bezieht (näher dazu siehe unten), ist der Kläger zu 1. unstrittig selbst zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter der N GmbH gewesen und insoweit zu Recht nie in der Gesellschafterliste gemäß § 16 GmbHG genannt worden, so dass er auch aus dieser Norm keine eigene Verfahrensführungsbefugnis ableiten kann.

Damit sind die umgestellten einstweiligen Verfügungsanträge, soweit sie von dem Kläger zu 1. für den verstorbenen Herrn C bzw. im eigenen Namen gestellt worden sind, unzulässig und dessen Berufung ist – auch unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Antragsänderungen - unbegründet.

b) Verfahrensführungsbefugnis des Klägers zu 2.:

Demgegenüber ist das Landgericht im Ergebnis zu Recht von der eigenständigen Verfahrensführungsbefugnis des Klägers zu 2. für die vom Kläger zu 1. als sein Prozessvertreter in seinem Namen gestellten einstweiligen Verfügungsanträge ausgegangen, wobei die Anträge erst zulässig sind, seitdem die Parteien deren ursprünglich hilfsweise auf die ebenfalls primäre Geltendmachung umgestellt haben (s. o.). Der Kläger zu 2. ist parteifähig i.S.d. § 50 ZPO und behauptet die Verletzung eines eigenen Rechts als Erbe des von Herrn C bis zu dessen Tod innegehabter Gesellschaftsanteils an der N GmbH.

aa) Der Kläger zu 2. als eigenständige Partei des einstweiligen Verfügungsverfahrens wird in diesem sowohl aufgrund der transmortalen Vollmacht als Erbe des Herrn C (dazu näher siehe unten) als auch jedenfalls aufgrund der von ihm selbst unterschriebenen ausdrücklichen Vollmacht vom 25.07.2019 wirksam durch den Kläger zu 1. vertreten.

bb) Zudem kann der Kläger zu 2. - was für seine Verfahrensführungsbefugnis genügt – geltend machen, ein eigenes Recht als Gesellschafter in Anspruch zu nehmen. Dabei kommt es für die Zulässigkeit nicht darauf an, ob der Kläger zu 2. für die Be-schlussanfechtungs- oder Nichtigkeitsklage in der Hauptsache anfechtungsbefugt ist. Abgesehen davon, dass nicht nur der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer, sondern grundsätzlich jeder in der Gesellschafterliste gemäß § 16 GmbHG eingetragene Gesellschafter anfechtungsbefugt ist (Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, a.a.O., Anh. § 47 Rn. 32, 136; Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 47 Rn. 138), handelt es sich insoweit – weder in der Hauptsache noch im einstweiligen Verfügungsverfahren – um eine Prozessvoraussetzung, sondern um ein Begründetheitserfordernis (Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, a.a.O., Anh. § 47 Rn. 135).

(1) Der Kläger zu 2. hat hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihm ein Recht zum Stellen der einstweiligen Verfügungsanträge als Gesellschafter der N GmbH kraft Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 BGB nach dem am 30.04.2019 verstorbenen Gesellschafter C zusteht. Zwar ist der Kläger zu 2. bisher nicht in die Gesellschafterliste gemäß § 16 GmbHG der N GmbH eingetragen. In der ursprünglichen Gesellschafterliste vom 26.10.2010, die bis zum Tod des Herrn C Ende April 2019 unstrittig gültig war und über die Rechtmäßigkeit von deren Änderung durch die jetzige Gesellschafterliste Anlage A vom 29.07.2019 die Parteien vorliegend streiten, war Herr C als Gesellschafter mit einem Geschäftsanteil von 40.000,00 DM (40 %) eingetragen. In erster Instanz hat der Kläger zu 2. durch den Kläger zu 1. unter Vorlage eines Eröffnungsprotokolls des Amtsgerichts Oberhausen vom 21.05.2019 und eines privatschriftlichen Testaments vom 10.03.2006 schlüssig vorgetragen, dass er mit dem Tode des Herrn C vom 30.04.2019 als Alleinerbe dessen Gesamtrechtsnachfolger (§ 1922 BGB) und damit u. a. Gesellschafter der N GmbH geworden sei.

(2) Im Berufungsverfahren hat der Kläger zu 2. durch den Kläger zu 1. zudem den ihn als Alleinerben gemäß § 2365 BGB legitimierenden Erbschein des Amtsgerichts Oberhausen zum Az. 6 VI 586/19 vom 08.08.2019 (Anlage BK 2, Bl. 360 d. A.) zu den Akten gereicht und hierdurch gemäß §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO jedenfalls nunmehr seine Erbenstellung hinreichend glaubhaft gemacht. Durch die Vorlage der E-Mail des Klägers zu 1. an den Kläger zu 2. vom 21.08.2019 (Anlage BK 3, Bl. 361 d. A.) ist zudem glaubhaft gemacht worden, dass die Vorlage des dem Kläger zu 2. erst nach der Verkündung des angefochtenen Urteils vom 09.08.2019 zugegangenen Erbscheins im Berufungsverfahren am Maßstab der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht präkludiert ist. An früherem Vortrag und einer früheren Vorlage der Urkunde war der Kläger zu 2. ohne Nachlässigkeit gehindert.

(2) Im Rahmen der gleichermaßen für die Zulässigkeit und für die Begründetheit doppelt relevanten Tatsachen (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 29.06.2010, VI ZR 122/09, juris) muss es für die Verfahrensführungsbefugnis des Klägers zu 2. genügen, dass dieser schlüssig Tatsachen behauptet hat, die seine Gesellschafterstellung zum Zeitpunkt der in Streit stehenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung am 29.07.2019 begründen. Ob der Kläger zu 2. im Ergebnis in der Sache selbst aktivlegitimiert, also materiell-rechtlich Inhaber der geltend gemachten einstweiligen Verfügungsansprüche ist, ist eine Frage der Begründetheit und bedarf hier noch keiner Klärung. Insbesondere war es der folgenden Begründetheitsprüfung vorzubehalten, inwieweit im Falle der Gesamtrechtsnachfolge bei der Beurteilung der Anspruchsberechtigung des Erben § 16 Abs. 1 GmbHG

dahingehend zu beachten ist, dass der Kläger zu 2. mangels bisheriger Eintragung in die Gesellschafterliste der N GmbH im Ergebnis als nicht aktivlegitimiert zur Geltendmachung der einstweiligen Verfügungsanträge anzusehen wäre (vgl. Heidinger, in: MüKo-GmbHG, 3. Aufl., § 16 Rn. 146).

c) Verfügungsbeklagtenbefugnis: 96

Schließlich ist der Beklagte als durch den in Streit stehenden Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 bestellter Geschäftsführer auch **zulässiger Verfügungsbeklagter** jedenfalls des einstweiligen Verfügungsantrags zu 1. des Klägers zu 2. 97

Zwar hat der Kläger zu 2. seine Anträge nicht gegen die in der Hauptsache und im einstweiligen Verfügungsverfahren primär in Anspruch zu nehmende Gesellschaft, die N GmbH, als Verfügungsbeklagte gerichtet. 98

Da die Anfechtungsklage gegen einen Beschluss der Gesellschafterversammlung einer GmbH in analoger Anwendung des § 246 Abs. 2 S. 1 AktG in der Hauptsache grundsätzlich gegen die Gesellschaft zu richten ist und insoweit grundsätzlich ein prozessualer Gleichlaut zwischen Hauptsache und einstweiligen Verfügungsverfahren anzustreben ist, ist im einstweiligen Verfügungsverfahren jedenfalls auch die Gesellschaft beklagtenbefugt. Die N GmbH wird vorliegend indes nicht in Anspruch genommen. Grundsätzlich können im einstweiligen Verfügungsverfahren ausnahmsweise aber auch einzelne Mitgesellschafter durch den Antragsteller in Anspruch genommen werden (vgl. Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., Anh zu § 47 Rn. 93), soweit die Vollziehung des streitigen Beschlusses, insbesondere eine Anmeldung zum Handelsregister aufgrund ihrer Stellung als Geschäftsführer in ihren Händen liegt. Aufgrund der oben dargelegten vorläufigen Wirksamkeit des durch den bestellten Versammlungsleiter festgestellten Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 zu TOP 6 war der Beklagte als handelnder Geschäftsführer grundsätzlich gem. § 35 Abs. 1 GmbHG befugt, die Anmeldung seiner Bestellung als Geschäftsführer zum Handelsregister sowie die Mitteilung der geänderten Gesellschafterliste vorzunehmen. In einer ähnlichen Konstellation hat der Senat die Möglichkeit des einstweiligen Verfügungsantrags gegen einen Abberufungsbeschluss nicht nur gegen die Gesellschaft, sondern auch gegen deren Gesellschafter-Geschäftsführer als handelnde Personen für zulässig erachtet (Senatsurteil vom 07.03.2018, 8 U 2/18, S. 12; Senatsurteil vom 07.10.1992, 8 U 75/92, juris). 99

Zweifelhaft erscheint dem Senat allerdings die Verfügungsbeklagtenbefugnis des Beklagten bezogen auf den jetzigen Antrag zu 2. auf Zuordnung eines Widerspruchs zu der Gesellschafterliste, nachdem diese inzwischen beim Handelsregister elektronisch registriert worden ist. Die nunmehr geltend gemachte Zuordnung eines Widerspruchs betrifft kein Handeln des Beklagten persönlich mehr, sondern eine etwaige Verpflichtung der Gesellschaft. Letztlich lässt der Senat dies offen, weil der geltend gemachte Verfügungsanspruch jedenfalls in der Sache selbst nicht besteht. 100

II. Begründetheit der einstweiligen Verfügungsanträge: 101

In der Sache selbst sind die einstweiligen Verfügungsanträge des Klägers zu 2. unbegründet, weil dieser zwar möglicherweise einen Verfügungsanspruch gegen den Beklagten auf vorläufige Unterlassung des Tätigwerdens und Auftretens als Geschäftsführer, aber keinen Verfügungsanspruch auf Zuordnung eines Widerspruchs gegen die neue Gesellschafterliste zum Handelsregister (dazu 1.) sowie keinen Verfügungsgrund bzgl. des Unterlassungsanspruchs (dazu 2.) als überwiegend wahrscheinlich glaubhaft gemacht hat (§§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO). 102

1. Glaubhaft gemachter Verfügungsanspruch: 103

Dem Kläger zu 2. steht zwar grundsätzlich ein in tatsächlicher Hinsicht als überwiegend wahrscheinlich glaubhaft gemachter Verfügungsanspruch auf einstweilige Unterlassung der Tätigkeit des Beklagten als Geschäftsführer, nicht aber ein Verfügungsanspruch auf Zuordnung eines Widerspruchs gegen die beim Handelsregister geführte Gesellschafterliste Anl. A zu. 104

a) Antrag zu 1.: Unterlassung des Tätigwerdens/Auftretens als Geschäftsführer: 105

Dem Kläger zu 2. dürfte – was der Senat letztlich wegen des fehlenden Verfügungsgrundes offenlassen kann – gegen den Beklagten ein Verfügungsanspruch auf Unterlassung des Tätigwerdens bzw. Auftretens als Geschäftsführer der N GmbH auf Grundlage des Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 zustehen. 106

aa) Anspruchsgrundlage: 107

Als Anspruchsgrundlage kommt insoweit neben der gesellschaftsrechtlichen Treue-pflicht des Beklagten als Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft, aber auch dem Kläger zu 2. als Mitgesellschafter (vgl. grundlegend Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, a.a.O., § 13 Rn. 29 ff.) der quasi-negatorische Unterlassungsanspruch gem. §§ 823, 1004 BGB analog in Betracht kommen (vgl. Senatsurteil vom 24.10.2018, 8 U 53/18). 108

bb) Aktivlegitimation: 109

Entgegen dem angefochtenen Urteil ist der Kläger zu 2. jedenfalls mittlerweile im Ergebnis als aktivlegitimiert anzusehen, im einstweiligen Verfügungsverfahren den Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten geltend zu machen.	110
(1) Jedenfalls mit der Vorlage des Erbscheins vom 08.08.2009, der ihn als Alleinerbe des Herrn C nach dessen Tod vom 30.04.2019 ausweist und dessen vermutete Legitimationswirkung nach § 2365 BGB nicht widerlegt ist, hat der Kläger zu 2. als überwiegend wahrscheinlich glaubhaft gemacht, dass er als Gesamtrechtsnachfolger gemäß § 1922 BGB mit dem Tod des Erblassers 40-%-iger Gesellschafter der N GmbH geworden ist. Wie bereits oben bei der Verfahrensführungsbefugnis des Klägers zu 2. dargelegt worden ist, ist der diesbezügliche neue Vortrag im Berufungsverfahren am Maßstab der §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO gemessen zuzulassen.	111
(2) Der Beklagte kann der Aktivlegitimation des Klägers zu 2. zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass der Kläger zu 2. weder in der ursprünglichen Gesellschafterliste gem. § 16 GmbHG vom 29.06.2010 noch in derjenigen vom 29.07.2019 als Gesellschafter aufgeführt ist. Dabei lässt der Senat im Ergebnis offen, ob er der vom Landgericht zugrunde gelegten Auffassung folgt, dass der Erbe zwar mit dem Erbfall materiell Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers - auch im Hinblick auf alle mitgliedschaftlichen Rechte gegenüber der GmbH - werde, die Ausübung dieser Rechte ihm jedoch erst möglich sei, wenn er als Nachfolger in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste nach § 16 GmbHG eingetragen sei (vgl. zur wohl h. M. OLG Naumburg, Urteil vom 01.09.2016, 2 U 95/15, ZIP 2016, S. 2217 = GWR 2016, S. 507, juris; Heidinger, in: MüKo-GmbHG, a.a.O., § 16 Rn. 146; Werner, GmbHHR 2017, S. 86, 89).	112
Gegenüber der Gesellschaft gilt nur der in der Gesellschafterliste nach § 16 GmbHG verzeichnete Gesellschafter als Gesellschafter der GmbH. Dies gilt grundsätzlich auch beim Tod des Gesellschafters. Wenn allein die materielle Berechtigung des Erben nicht genügt (Heidinger, in: MüKo-GmbHG, a.a.O., § 16 Rn. 152), muss dies zur notwendigen Konsequenz haben, dass der Verstorbene weiterhin als Gesellschafter unwiderleglich vermutet wird (Heidinger, in: MüKo-GmbHG, a.a.O., § 16 Rn. 153). Nach obergerichtlicher Rechtsprechung gilt selbst in dem Fall, dass die in der Gesellschafterliste eingetragene verstorbene Person einen Vertreter – auch über deren Tod hinaus – bevollmächtigt hat, der Verstorbene noch als Gesellschafter, weil er gem. § 16 Abs. 1 GmbHG eingetragen ist, auch wenn diese Person nicht mehr existiert und ihre Rechte selbst nicht mehr wahrnehmen kann (OLG Naumburg, Urteil vom 01.09.2016, 2 U 95/15, ZIP 2016, S. 2217 = GWR 2016, S. 507, juris, Rn. 31).	113
Die Folge ist im Fall der Vollmacht über den Tod hinaus, dass der vom verstorbenen Listengesellschafter Bevollmächtigte – hier der Kläger zu 2. - dessen Rechte grundsätzlich gegenüber der Gesellschaft wahrnehmen kann (vgl. Berninger, GWR 2016, S. 507). Da dieser aber prozessual – wie oben aufgezeigt – nicht für den Verstorbenen klagen kann, tritt in dem Fall der Erbe – hier der Kläger zu 2. - jedenfalls dann an seine Stelle und ist aktivlegitimiert, wenn die Vollmacht noch besteht und – zumindest auch – für den Erben ausgeübt wird.	114
<u>cc) Summarische Prüfung der Wirksamkeit der Beschlüsse vom 29.07.2019:</u>	115
Bei der gebotenen summarischen Prüfung sind die den einstweiligen Verfügungsanträgen des Klägers zu 2. zugrunde liegenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 zur Bestellung des Beklagten als Geschäftsführer und zur Einziehung des Gesellschaftsanteils des Erben des Herrn C mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unwirksam, zumindest anfechtbar.	116
<u>(1) Vorläufige Verbindlichkeit der festgestellten Beschlüsse:</u>	117
Hat eine förmliche Beschlussfeststellung auf einer Gesellschafterversammlung der GmbH stattgefunden, können Fehler bei der Beschlussfeststellung wie die Nichtzählung wirksamer oder Mitzählung unwirksamer Stimmen – das gleiche gilt auch bei der parallel in Streit stehenden möglichen Feststellung durch einen wegen der gleichen Problematik der Wirksamkeit der Stimmabgabe möglicherweise nicht wirksam bestellten Versammlungsleiter – nur mehr mittels Anfechtungsklage in der Hauptsache geltend gemacht werden; der vom Versammlungsleiter festgestellte Beschluss ist im Interesse der Rechtssicherheit als vorläufig verbindlich anzusehen (s.o., Roth/Altmeppen-Roth, a.a.O., § 47 Rn. 106, 131). Dies gilt abweichend von der früheren Rechtsprechung (BGHZ 51, S. 209, 211 ff.) nicht nur bei zu beurkundenden Beschlüssen (§ 53 Abs. 2 GmbHG), sondern generell immer dann, wenn aufgrund einer förmlichen Ergebnisfeststellung vom festgestellten Beschlussinhalt ausgegangen wird. Es gilt insbesondere, wenn eine Ungültigkeit von Stimmen wegen einer Pflichtbindung oder Stimmrechtsausschluss infrage steht (vgl. BGHZ 104, S. 66, 71, Roth/Altmeppen, a.a.O., mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen). Auf die Frage der Wirksamkeit des Beschlusses zur Bestellung des Prozessbevollmächtigten des Beklagten zum Versammlungsleiter kommt es insoweit im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht entscheidungserheblich an.	118
<u>(2) Formelle Beschlussmängel:</u>	119
Formelle Beschlussmängel dürften im Ergebnis teilweise vorliegen, wobei der Senat dies im Ergebnis wegen des fehlenden Verfügungsgrundes offenlassen kann.	120
<u>(a) Einberufungsmängel:</u>	121
Ein zur Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses zur Bestellung des Beklagten als Geschäftsführer vom	122

29.07.2019 führender **gravierender Einberufungsmangel** (vgl. dazu grundlegend Baumbach/Hueck-Zöllner /Noack, a.a.O., Anh. § 47 Rn. 45 ff.) dürfte sich am Maßstab des § 49 GmbHG i.V.m. § 6 Abs. 3 u. Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages gemessen nicht feststellen lassen.

(aa) Bezogen auf die Einberufung zur Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 liegen keine Mängel vor. Im Ausgangspunkt ist zu berücksichtigen, dass das Landgericht Münster in dem Verfahren mit dem Az. 022 O 70/19 durch bestandskräftig gewordenen Beschluss vom 22.07.2019 den einstweiligen Verfügungsantrag des Klägers zu 1. auf Untersagung der Durchführung der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 in Kenntnis der tatsächlichen Umstände und der Rechtsansichten des Klägers zu 1. zurückgewiesen hat (Abschrift Bl. 10 ff. d. A.).

(bb) Auch ansonsten sind Einberufungsmängel wohl nicht gegeben. Nach dem Tod des Herrn C als einziger Geschäftsführer verfügte die Gesellschaft nicht mehr über einen an sich für die Einberufung gemäß § 49 Abs. 1 GmbHG, § 6 Abs. 3 S. 1 der Satzung zuständigen Geschäftsführer. Verbliebene Gesellschafter neben dem nach dem Tod dem Beklagten noch unbekannten Erben waren nur der Beklagte selbst zu 30 % und die Gesellschaft zu weiteren 30 %. Als zur erforderlichen Willensbildung der Gesellschaft durch Einladung zur Gesellschafterversammlung fähige natürliche Person verblieb damit nur noch der Beklagte, vgl. § 50 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Dieser hatte seinen Prozessbevollmächtigten am 10.07.2019 Vollmacht für die Vertretung zur Geltendmachung seiner Rechte aus dem Gesellschaftsanteil erteilt. Im Ergebnis konnten die Bevollmächtigten des Beklagten mit Schreiben vom 11.07.2019 (Anlage AS 17, Bl. 90 ff. d. A.) daher grundsätzlich wirksam zu der Gesellschafterversammlung laden.

(aaa) Allerdings ist streitig, ob die Delegation der Einberufung überhaupt zulässig ist (vgl. zum Streitstand Senat, Urteil vom 01.02.1995, 8 U 148/94, juris, Rn. 22; OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.11.2003, 16 U 95/98, juris, Rn. 104; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 49 Rn. 4; Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, a.a.O., § 49 Rn. 5; van Venrooy, GmbHR 2000, S. 166 ff.). Jedenfalls darf sich der für die Einberufung Zuständige technischer Hilfe eines Dritten, z. B. eines Rechtsanwalts, bedienen und diesen bevollmächtigen, wenn aus der Einberufung hervorgeht, dass nicht der Dritte, sondern der Zuständige Urheber der Einberufung ist und erkennbar wird, dass der Entschluss zur Ladung von dem Zuständigen selbst stammt. Das ist hier der Fall. In dem Einberufungsschreiben der Bevollmächtigten des Beklagten vom 11.07.2019 (Anlage AS 17, S. 2) heißt es ausdrücklich, dass die Einladung zu der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 „namens und im Auftrag des Gesellschafters Q“ erfolge. Damit wird klar, dass Rechtsanwalt Dr. Y im Auftrag des Beklagten gehandelt hat, der tatsächlich Urheber der Einberufung gewesen ist.

(bbb) Inwieweit im Hinblick auf die in dem Antwortschreiben des Klägers zu 1. vom 18.07.2019 (Anlage AS 23, Bl. 99 ff. d. A.) erklärte Zurückweisung der Vollmacht mangels Vorlage des Originals ein Einberufungsmangel vorliegt, weil bei der Ladung durch einen Vertreter ohne vorherige Kenntnis der Gesellschafter § 174 S. 1 BGB analog eingreife (vgl. Baumbach/Hueck-Zöllner/Noack, a.a.O., § 49 Rn. 5), lässt der Senat im Ergebnis offen. Wendet man § 174 S. 1 BGB analog an – anders als etwa im Falle der Kündigung liegt in der Einberufung zu einer Gesellschafterversammlung an sich kein einseitiges Rechtsgeschäft – hätte dies zur Folge, dass der Kläger zu 1. die Ladung – auch in Vollmacht für den Kläger zu 2. handelnd – grundsätzlich zu Recht zurückgewiesen hätte, sodass die Einberufung unwirksam und die Beschlüsse nichtig wären, wenn keine Vollversammlung stattgefunden hätte. Geht man demgegenüber davon aus, dass es bei der rein technischen Hilfe für die Versendung der Einberufung durch einen beauftragten Rechtsanwalt nicht um die Stellvertretung bei einem einseitigen Rechtsgeschäft geht, spricht aus Sicht des Senats mehr dafür, dass es an einer planwidrigen Regelungslücke und an einer vergleichbaren Interessenlage für die analoge Anwendung des § 174 S. 1 BGB fehlt.

(cc) Zudem ist auch die erforderliche Frist eingehalten worden. In dem Protokoll vom 10.07.2019, das dem Einberufungsschreiben vom 11.07.2019 beigelegt worden ist, wird zutreffend darauf hingewiesen, dass für die Einberufung einer Folgeversammlung aufgrund einer Beschlussunfähigkeit der Erstversammlung gemäß § 6 Abs. 5 S. 3, 4 der Satzung, worauf mit der Einladung hinzuweisen ist, nunmehr eine Frist von 15 Tagen gilt. Unstreitig hat das Einberufungsschreiben vom 11.07.2019 den Kläger zu 1. als aufgrund der transmortalen Vollmacht für den Kläger zu 2. Bevollmächtigten mindestens 15 Tage vor der Versammlung vom 29.07.2019 erreicht.

(dd) Soweit der Kläger zu 2. Einberufungsmängel bezogen auf die Gesellschafterversammlung vom 10.07.2019 rügt, hätten sich diese für jene Sitzung selbst nicht ergebnisrelevant ausgewirkt. Auf dieser Gesellschafterversammlung ist kein Beschluss gefasst worden, sondern gemäß dem Protokoll vom selben Tage (Anlage AS 16, Bl. 87 ff. d. A.) ausdrücklich festgestellt worden, dass die Gesellschafterversammlung nicht beschlussfähig ist. Auch die Rüge, dass es sich am 29.07.2019 nicht um eine wirksam einberufene Folgeversammlung gehandelt habe, weil schon die erste Gesellschafterversammlung mangels ordnungsgemäßer Einladung nicht wirksam durchgeführt worden sei, greift nicht durch. Aus den nachfolgenden Gründen zu (ee) und (ff) sind die Ladungen sowohl zur Versammlung vom 10.07.2019 als auch zu derjenigen vom 29.07.2019 zu Recht - und jeweils fristgerecht - an den Kläger zu 1. als Vertreter des Erben des in der Gesellschafterliste eingetragenen Herrn C als 40 %-Gesellschafter gerichtet worden.

(ee) Der durch den Kläger zu 1. vertretene Kläger zu 2. kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie beide nicht zur Entgegennahme von Einladungen zu den Gesellschafterversammlungen bevollmächtigt gewesen seien.

Bei der gebotenen Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB enthält die umfassende Bevollmächtigung des Klägers zu 1. durch Herrn C – transmortal wirkend auch für den Erben - mit der Vertretung anlässlich zukünftiger Gesellschafterversammlungen und Ausübung der Rechte in diesen Gesellschafterversammlungen auch die Befugnis, Ladungen zu diesen für Herrn C bzw. den Erben zu empfangen. Die Vollmacht nach dem Tode – auf deren weitreichende Wirkung sich die Kläger gerade berufen - wäre weitgehend entwertet, wenn in ihr nicht auch die Berechtigung enthalten wäre, Einladungen zu Gesellschafterversammlungen – auf denen gerade die Rechte in Vollmacht ausgeübt werden sollen – entgegen zu nehmen. Gerade in der Übergangszeit, in der noch der verstorbene Gesellschafter in der Gesellschafterliste nach § 16 GmbHG eingetragen ist, ist dies besonders bedeutsam. Vor Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste hätte der Erbe sonst nicht geladen werden können. Dass der Vollmachtgeber C dies gewollt haben könnte, ist angesichts seiner Interessenlage nicht anzunehmen, selbst wenn man berücksichtigt, dass die Vollmacht noch vor Änderung des § 16 GmbHG formuliert worden ist.

(ff) Die Ladung vom 06.06.2019 zum 10.07.2019 hat der Beklagte als Einwurfschreiben noch selbst verfasst, so dass sich das Vollmachtsproblem nach § 174 S. 1 BGB analog hier nicht stellt. Der Ladung an den Kläger zu 1. (auch als Bevollmächtigten des Klägers zu 2.) war ordnungsgemäß eine Tagesordnung beigefügt. Rechtlich unerheblich ist das Vorbringen des Klägers zu 1., dass in der eidesstattlichen Versicherung des Beklagten (Anlage AG 2) von einem Einladungsschreiben vom 07.06.2019 statt 06.06.2019 die Rede ist. Tatsächlich ist dem Kläger zu 1. - auch als Vertreter des Klägers zu 2. - jedenfalls ein inhaltlich identisches Einladungsschreiben vom 06.06.2019 oder 07.06.2019 (Anlage M 1 zur Berufungserwiderung vom 18.11.2019) zugegangen.

130

Ebenso ist es, da dem Beklagten und seinem späteren Prozessvertreter die Person des Erben des Herrn C seinerzeit noch nicht bekannt waren und sie daher lediglich den Kläger zu 1. als dessen Vertreter laden konnten, nicht entscheidungserheblich, ob, wann und in welcher Rolle dem Kläger zu 2. persönlich seinerzeit die Ladung vom 06.06.2019 zugegangen ist. Der Kläger zu 1. hat eine Ladung zum 10.07.2019 als Bevollmächtigter tatsächlich am 11.06.2019 erhalten. Es kommt jedoch nicht auf den tatsächlichen Zugang an, sondern grundsätzlich auf den nach den üblichen Postzustellungszeiten zu erwartenden Zugang. In der Regel kann von einem Zugang jedenfalls nach dem Ablauf eines zweitägigen Postzustellungszeitraums ausgegangen werden. Nach der Aufgabe des Einberufungsschreibens am 07.06.2019 wäre dieser Zeitpunkt unter Berücksichtigung der Pfingstfeiertage vom 09. bis 10.06.2019 zwar ggf. auch frühestens am 11.06.2019 gewesen. Jedoch ist ein zweitägiger Zustellungszeitraum dann nicht mit zu berücksichtigen, wenn die Ladungsfrist laut Satzung bereits länger als die gesetzliche Einberufungsfrist von einer Woche gem. § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG ist, weil dann jedenfalls der Zweck der ausreichenden Vorbereitung für die Gesellschafter ermöglicht wird (OLG Brandenburg, NZG 1999, S. 829; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 51 Rn. 14 a. E.). Im Ergebnis hat der Kläger zu 1. für den Kläger zu 2. die Einberufung jedenfalls rechtzeitig innerhalb der die gesetzliche Wochenfrist deutlich übersteigenden 30-tägigen Ladungsfrist des § 6 Abs. 3 S. 2 der Satzung erhalten.

131

Schließlich steht der Wirksamkeit der Einberufung zu der Erstversammlung vom 10.07.2019 auch nicht entgegen, dass es in der Überschrift des Schreibens – sowohl datierend auf den 06.06.2019 als auch den 07.06.2019 – jeweils heißt, dass es um die Einladung zu einer ordentlichen Gesellschafterversammlung **am 08.07.2019** gehe. Das falsche Datum in der Überschrift ist nämlich unerheblich, weil nach der Klarstellung im Fließtext unter Nennung des Wochentages „**am Mittwoch, den 10.07.2019**“ kein Zweifel über das richtige Datum mehr verbleiben konnte.

132

(b) Mängel der Abstimmung bzw. Beschlussfassung:

133

Bei summarischer Prüfung liegen jedoch formelle Mängel der Abstimmung bzw. Beschlussfassung vor. Der Beschluss zur Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer ist nicht mit der erforderlichen Stimmenmehrheit getroffen worden, weil der Kläger zu 1. als Vertreter des Klägers zu 2. treuwidrig an der Stimmabgabe gehindert worden ist und der Beklagte seine Stimme seinerseits treuwidrig abgegeben hat.

134

(aa) Bzgl. der Gesellschafterversammlung der GmbH ist das satzungsgemäße Erfordernis der (einfachen) Mehrheit der abgegebenen Stimmen in § 6 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrages, der mit § 47 Abs. 1 GmbHG im Einklang steht, geregt. Dieses Mehrheitserfordernis gilt, wenn keine anderslautenden Satzungsregelungen greifen. § 6 Abs. 8 der Satzung sieht lediglich für Beschlüsse über eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, Kapitalerhöhungen und Herabsetzungen sowie die Auflösung der Gesellschaft eine Mehrheit von 75 % der stimmberechtigten Stimmen vor. Für die Bestellung eines Geschäftsführers gilt dieses Quorum also nicht. Allerdings verlangt § 6 Abs. 5 S. 1 der Satzung für die Beschlussfähigkeit, dass mindestens 75 % der stimmberechtigten Stimmen in der Versammlung anwesend oder vertreten sind. Dies war hier nicht der Fall, da auf der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019 nur der Beklagte mit einem Anteil von 30 % als stimmberechtigt angesehen worden ist und der Kläger zu 1. als Vertreter des Klägers zu 2. die Gesellschafterversammlung vor der Fassung des streitigen Beschlusses bereits verlassen hatte. Auch unter Berücksichtigung des 30 %-igen Gesellschaftsanteils der GmbH selbst war das Quorum von 75 % nicht erreicht. Indes regelt § 6 Abs. 5 S. 2, 2. HS der Satzung, dass im Falle der ordnungsgemäß geladenen, aber nicht beschlussfähigen Erstversammlung die Folgeversammlung im Falle ordnungsgemäßer Ladung in jedem Falle beschlussfähig ist. So liegt der Fall nach dem oben Festgestellten hier. Die Wirksamkeit des in Streit stehenden Beschlusses scheitert demnach nicht bereits an der fehlenden Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung vom 29.07.2019.

135

(bb) Der Beschluss vom 29.07.2019 ist aber nicht mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen. Zwar hat der Beklagte als verbliebener stimmberechtigter Anwesender mit seinem Anteil von 300 Stimmen (gemäß § 6 Abs. 7 S. 3 der Satzung je 100,- DM Nennbetrag des Geschäftsanteils eine Stimme) entsprechend der Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter ohne Gegenstimme und Enthaltung für seine Bestellung zum von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer gestimmt (Protokoll zu TOP 6.1, 6.2).

136

(aaa) Insoweit ist der Kläger zu 1. - als Vertreter des Klägers zu 2. - aber zu Unrecht von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen worden. Im Hinblick auf die obigen Feststellungen zu der auch nach dem Tode des Herrn C zu dessen bzw. seinen Erben Gunsten die Gesellschafterstellung unwiderleglich vermutenden Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 GmbHG handelte der Kläger zu 1. bei seinem Auftreten in der Gesellschafterversammlung kraft transmortaler Vollmacht des Herrn C für dessen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge des § 1922 BGB in den Gesellschaftsanteil einrückenden Erben, den Kläger zu 2. Angesichts der auf den Listengesellschafter C zurückgehenden Vollmacht stellt sich insoweit nicht das Problem gem. § 10 Abs. 3 der Satzung, wonach mehrere Rechtsnachfolger einen gemeinsamen Vertreter bestellen müssen. Unabhängig davon gab es tatsächlich nur einen Erben, den Kläger zu 2.

137

Der Kläger zu 1. hat seine Stimme in Vertretung für den Kläger zu 2. als Erben des Gesellschafters C nicht abgegeben, weil er die Gesellschafterversammlung zuvor verlassen hatte. Ungeachtet der streitigen Einzelumstände hatte der Kläger zu 1. die Gesellschafterversammlung vor den Beschlussfassungen allerdings nicht freiwillig verlassen, sondern vor dem Hintergrund, dass der Beklagte und sein Bevollmächtigter als Versammlungsleiter ihm deutlich gemacht hatten, ihn mangels Benennung der konkreten Person des Erbans (fälschlich und in Verkennung der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 GmbHG über den Tod des C hinaus) für nicht stimmberechtigt zu halten und seine Stimme für den Fall der Abgabe ohnehin nicht mitzuzählen. Damit haben sie das Verlassen der Versammlung durch den Kläger zu 1. provoziert. Die gefassten Beschlüsse sind insoweit in der Hauptsache anfechtbar. Da der Kläger zu 1. namens des Klägers zu 2. als Erben für dessen 40 %-Gesellschaftsanteil wirksam mit „Nein“ gestimmt hätte, hätte es keine Mehrheit für die gefassten Beschlüsse gegeben, für den Antrag zu 1. maßgeblich also nicht für den Beschluss auf Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer. Die Berücksichtigung allein der Stimme des Beklagten als damaligem 30 %-Gesellschafter erweist sich vor dem Hintergrund des von ihm und seinem Bevollmächtigten provozierten unberechtigten Ausschlusses des Klägers zu 1. von der Ausübung seines Stimmrechts für den Kläger zu 2. als unrechtmäßig.

138

(2) Inhaltliche Beschlussmängel:

139

Ob die Beschlussfassung zur Bestellung des Beklagten zum alleinigen Geschäftsführer der Beklagten darüber hinaus auch inhaltliche Mängel aufweist, lässt der Senat dahinstehen. Auf diese stützen die Kläger ihr Unterlassungsbegehren im Kern nicht.

140

Materielle Beschlussmängel können darin liegen, dass die Beschlussfassung gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt, einschließlich der daraus folgenden Treuepflichten. Solche sind bezogen auf die Bestellung des Beklagten zum alleinigen Geschäftsführer nicht ohne Weiteres zu erkennen, denn diese steht inhaltlich im Einklang mit den Regelungen des § 6 GmbHG und den Anforderungen der §§ 5 und 6 der Satzung der N GmbH. Nach dem Tode des Herrn C als seinerzeit einzigm Gesellschafter-Geschäftsführer bedurfte die Gesellschaft vor dem Hintergrund des § 35 GmbHG zur Wiederherstellung ihrer Handlungsfähigkeit dringend der Bestellung eines oder mehrerer neuer Geschäftsführer. Aus den vom Kläger zu 1. im Senatstermin vom 27.11.2019 erwähnten, in einem lange zurückliegenden Gerichtsverfahren erörterten und nicht näher substantiierten Bedenken gegen die damalige Fähigkeit des Beklagten zur Ausübung der Geschäftsführung ergeben sich keine als überwiegend wahrscheinlich glaubhaft gemachten aktuellen Anhaltspunkte dafür, dass der Beklagte für die Geschäftsführung ungeeignet sein könnte. Auch die in der Verhandlung vor dem Senat erörterte derzeitige wirtschaftliche Entwicklung der GmbH, über deren Inhalt und Gründe die Parteien streiten, begründet keine konkreten Zweifel an der Fähigkeit des Beklagten zur Geschäftsführung. Soweit der Kläger zu 1. - auch für den Kläger zu 2. handelnd - seinerzeit mit einem vorgelegten Beschlussentwurf die Bestellung der Herren X und S zu Geschäftsführern anstelle des Beklagten anstrebt, ist dies für die inhaltliche Wirksamkeit der Bestellung des Beklagten ohne Belang.

141

Abschließend geht der Senat jedoch wegen des als überwiegend wahrscheinlich glaubhaft gemachten formellen Beschlussmangels der treuwidrigen Stimmabgabe von einem grundsätzlich bestehenden Verfügungsanspruch des Klägers zu 2. gegen den Beklagten auf Unterlassung des weiteren Auftretens und Tätigwerdens als Geschäftsführer der N GmbH aufgrund der Beschlussfassung vom 29.07.2019 aus.

142

b) Verfügungsantrag zu 2.: Zuordnung eines Widerspruchs zu der im Handelsregister elektronisch gespeicherten Gesellschafterliste:

143

Für den geänderten Verfügungsantrag zu 2. auf Zuordnung eines Widerspruchs zu der im Handelsregister elektronisch gespeicherten neuen Gesellschafterliste fehlt es hingegen bereits an einem Verfügungsanspruch, der allein aus § 16 Abs. 1, Abs. 3 S. 3 GmbHG resultieren könnte. Zwar dürfte der - der neuen Gesellschafterliste zugrunde liegende - Beschluss zur Einziehung des Gesellschaftsanteils C bei der gebotenen summarischen Prüfung nicht nur an dem oben aufgezeigten formellen Beschlussmangel der treuwidrigen Stimmabgabe leiden,

144

sondern auch materielle Beschlussmängel aufweisen (dazu folgend aa). Die in derartigen Fällen grundsätzlich bestehende Möglichkeit der Zuordnung eines Widerspruchs zu der Gesellschafterliste im einstweiligen Verfügungsverfahren kann vorliegend allerdings mangels tauglichen Gegenstandes eines gutgläubigen Erwerbs (neu gebildeter Geschäftsanteil) nicht durchgreifen (dazu folgend bb).

aa) Die Beschlussfassung zu TOP 5 über die **Einziehung des Geschäftsanteils** des Herrn C aus wichtigem **Grund** gem. § 9 Abs. 2 S. 1 lit. d) der Satzung ist bei summarischer Prüfung **unwirksam**, denn die Voraussetzungen dieser Regelung haben am 29.07.2019 nicht vorgelegen. Dabei lässt der Senat offen, ob der Kläger zu 1., handelnd für den Kläger zu 2., wegen dessen Betroffenheit durch die Einziehung des Geschäftsanteils durch § 9 Abs. 2 S. 1 der Satzung wirksam an der Ausübung des Stimmrechts gehindert gewesen wäre. Jedenfalls fehlte es zum Zeitpunkt der Beschlussfassung an dem erforderlichen wichtigen Grund für die Einziehung des Geschäftsanteils, weil noch Zeit bestand, auf die Legitimation eines Erben zu warten, und die Kläger das Erbscheinsverfahren mit angemessener Beschleunigung betrieben haben:

Das Zustandekommen des Einziehungsbeschlusses ist von Seiten des Beklagten unter Verstoß gegen seine gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten gegenüber dem – ihm seinerzeit noch nicht in Person bekannten – Erben als Gesellschafter anstelle des verstorbenen Herrn C erfolgt. Bereits in der Tagesordnung als Anlage zur Ladung vom 06.06.2019 war unter TOP 4 unter bloßer Bezugnahme auf § 10 der Satzung ohne jede weitere Erklärung die Abtretung des Geschäftsanteils des Gesellschafters C an den Beklagten vorgesehen. Zwar ergibt sich aus § 10 Abs. 1 der Satzung, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters dessen Erbe aufgrund eines Beschlusses der übrigen Gesellschafter die Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters an die übrigen Gesellschafter abzutreten haben. Ein zur Abtretung verpflichteter Erbe war dem Beklagten zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht bekannt.

Mit Schreiben vom 02.07.2019 haben die Bevollmächtigten des Beklagten die Tagesordnung sodann noch um den weiteren TOP 5 Einziehung des Geschäftsanteils des Herrn C für den Fall der nicht bis spätestens im Zeitpunkt der Abhaltung der Gesellschafterversammlung vom 10.07.2019 rechtssicher legitimierten Nachfolge erweitert. Damit hat der Beklagte den aufgrund der transmortalen Vollmacht wirksam für den Erben handelnden Kläger zu 1. treuwidrig dahingehend unter Druck gesetzt, dass dieser nunmehr innerhalb von acht Tagen einen nach § 2365 BGB legitimie-renden Erbschein hätte vorlegen müssen. Obwohl das Nachlassverfahren mit dem Az. 6 IV 386/19 Amtsgericht Oberhausen ausweislich des Protokolls vom 21.05.2019 über die Eröffnung des Testaments zeitnah nach dem Tod des Herrn C eingeleitet worden ist, ist dem Kläger zu 2. – nach der gebotenen Anhörung der gesetzlichen Erben im schriftlichen Verfahren – erst am 08.08.2019 in dem weiteren Verfahren 6 VI 586/19 ein Erbschein erteilt und seinem Notar am 21.08.2019 zugestellt worden. Die Legitimierung eines Alleinerben des Herrn C war den Klägern so zeitnah wie vom Beklagten gefordert also faktisch gar nicht möglich.

Dies hat sich auch kausal auf die Beschlussfassung zu TOP 5 in der Folgeversamm-lung vom 29.07.2019 ausgewirkt. Unabhängig davon, ob und aus welchen Gründen der Kläger zu 1. dem Beklagten nicht die Person des Klägers zu 1. als testamenta-risch bestimmter Alleinerbe mitgeteilt haben mag, ist die Einziehung des Gesellschaftsanteils des Herrn C durch den Beschluss vom 29.07.2019 - für den Beklagten erkennbar – zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem bei dem gewöhnlichen Lauf der Dinge noch nicht mit der unter Fristsetzung bis zur Gesellschafterversammlung geforderten Legitimierung eines Erbene gerechnet werden durfte. Insoweit bestand für den Beklagten im Übrigen auch nach den Satzungsregelungen noch kein Zeitdruck. Für die Einziehung eines Geschäftsanteils – gegen Entgelt (§ 9 Abs. 4 ff. der Satzung) – sieht § 9 der Satzung keine Frist vor. Auch soweit der Beklagte mit dem Beschluss zur Einziehung des Geschäftsanteils der nach seiner Darstellung ohnehin aus § 10 der Satzung folgenden Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils im Erbfall zuvorkommen wollte, bestand kein Zeitdruck, denn für einen Gesellschafterbeschluss gegenüber dem Erben zur Pflichtübertragung des Geschäftsanteils galt gem. § 10 Abs. 2 der Satzung eine Frist von sechs Monaten nach dem Ableben des Gesellschafter, hier also angesichts des Todes des Herrn C vom 30.04.2019 bis zum 30.10.2019. Zum Zeitpunkt des angefochtenen Einziehungsbeschlusses vom 29.07.2019 lief diese Frist noch gut drei Monate lang.

Ein sonstiger wichtiger Grund zur Einziehung des Geschäftsanteils im Sinne des § 9 Abs. 2 S. 1 lit. d) der Satzung, der gleich gewichtig ist wie die zu lit. a) bis c) aufgeführten Gründe (über das Vermögen des Gesellschafters eröffnetes Insolvenzverfahren, Pfändung des Geschäftsanteils, Verstoß gegen § 12 der Satzung = Vereinbarung der Gütertrennung mit Ehegatten der Gesellschafter) ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Auf die zudem fehlende Regelung der Gegenleistung (Entgelt, s.o.) in dem angefochtenen Beschluss kommt es insoweit nicht mehr erheblich an.

bb) Trotz der Unwirksamkeit des Beschlusses zur Einziehung des Gesellschaftsanteils des verstorbenen Herrn C ergibt sich aus § 16 Abs. 1, Abs. 3 S. 3 GmbHG aber kein glaubhaft gemachter Verfügungsanspruch des Klägers zu 2. gegen den Beklagten auf Zuordnung eines Widerspruchs zu der mittlerweile im Handelsregister elektronisch hinterlegten Gesellschafterliste vom 29.07.2019 (Anlage A).

(1) Der **Widerspruch** dient gemäß § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG der Verhinderung des gutgläubigen Erwerbs des Gesellschaftsanteils, lässt aber die von der hinterlegten Gesellschafterliste ausgehende Legitimationswirkung unberührt (Bayer, in: Lutter/ Hommelhoff, a.a.O., § 16 Rn. 93). Eine einstweilige Verfügung hat insoweit zur Voraussetzung, dass der Antragsteller einen Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Liste und damit seine wahre Gesellschafterstellung gemäß den §§ 936, 920 Abs. 2, 294 ZPO glaubhaft machen kann. Wichtigster

Anwendungsfall in der Praxis ist die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer nach erfolgter Zwangseinziehung, wenn der betroffene Gesellschafter der Einziehung widersprochen hat. Richtiger Antragsgegner ist der angeblich unrichtig in die Gesellschafterliste Eingetragene (vgl. zum Vorstehenden insgesamt Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 16 Rn. 97 mit Rechtsprechungsnachweisen). Ein Widerspruch kommt allerdings - worauf der Beklagte in der Berufungserwiderung vom 18.11.2019 zu Recht hingewiesen hat – nur in Bezug auf einen etwa anstelle des eingezogenen Geschäftsanteils **neu gebildeten Geschäftsanteil** in Betracht (vgl. LG Kassel, Urteil vom 11.07.2018, 11 O 4146/16, BeckRS 2018, 30700 = GWR 2019, S. 29 ff.).

(2) Vorliegend fehlt es an diesem Maßstab gemessen schon an den Anspruchsvoraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs zur Vermeidung eines gutgläubigen Erwerbs. Anders als in einem vom Kammergericht Berlin entschiedenen Fall, in dem der eingezogene Gesellschaftsanteil in der Gesellschafterliste dem Anteil der GmbH zugeordnet worden war (KG, Beschluss vom 01.04.2010, 2 W 36/10, ZIP 2010, S. 2047 ff., juris), ist der eingezogene Gesellschaftsanteil C in der vom Kläger zu 2. im Antrag zu 2. in Bezug genommenen neuen Gesellschafterliste vom 29.07.2019 (Bl. 347 d. A.) nicht zu Unrecht einem anderen Gesellschafter zugeordnet worden. Vielmehr sind zum einen beide in der Gesellschafterliste aufgeführten Geschäftsanteile zutreffend mit ihren – bisherigen und fortbestehenden - Nennbeträgen von jeweils 30.000,00 DM dem Beklagten und der GmbH jeweils als Inhabern zugeordnet worden; die Angabe, dass der prozentuale Anteil jeweils (statt bisher je 30 %) 50 % betrage, ist für den gutgläubigen Erwerb unerheblich. Bezüglich des für den Widerspruch maßgeblichen bisherigen Geschäftsanteils des Herrn C bzw. des Klägers zu 2. als dessen Erben heißt es in der Gesellschafterliste wörtlich: „Der Geschäftsanteil Nr. 1 im Nominalbetrag von 40.000,00 DM wurde vernichtet durch Einziehung.“ Dieser Anteil kann also durch Dritte schon nicht mit dem Hinweis auf die Gesellschafterliste gutgläubig erworben werden. Insbesondere ist der Beklagte in dieser nicht fälschlich als Berechtigter eines neu gebildeten oder im Nominalwert erhöhten Geschäftsanteils bezeichnet worden.

2. Glaublich gemachter Verfügungsgrund:

Für den Verfügungsantrag zu 1. auf Unterlassung der Tätigung des Beklagten als Geschäftsführer, für den grundsätzlich ein Verfügungsanspruch besteht, hat der Kläger zu 2. schließlich **einen Verfügungsgrund i.S.d. §§ 935, 940 ZPO nicht hinreichend glaubhaft gemacht.**

a) Der Senat handelt die Voraussetzungen eines Verfügungsgrundes in Fällen wie dem vorliegenden in ständiger Rechtsprechung streng. Aus dem Rechtsgedanken des § 84 Abs. 3 S. 4 AktG bzw. der grundsätzlichen Verbindlichkeit von Gesellschafterbeschlüssen der GmbH folgt das anzuerkennende Interesse der Gesellschaft daran, dass Organfragen möglichst nicht vorläufig geregelt werden sollten. Ergibt sich auf Basis der danach vorzunehmenden Abwägung – auch unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens -, dass ein anzuerkennendes Interesse die Bejahung eines Verfügungsanspruchs – wie vorliegend – grundsätzlich rechtfertigt, folgt daraus keineswegs automatisch auch das Vorliegen eines Verfügungsgrundes. Letzterer setzt eine Dringlichkeit bzw. Eilbedürftigkeit voraus, die nicht schon aufgrund bloßer abstrakter Erwägungen als gegeben angesehen werden kann, sondern konkret im Einzelfall begründet werden muss (Senat, Urteil vom 27.11.2017, I-8 U 34/17). Ein Verfügungsgrund ist nur dann gegeben, wenn dem Antragsteller ohne die beantragte einstweilige Regelung eine konkrete, schwerwiegende Beeinträchtigung seiner rechtlichen Interessen droht (OLG München, Urteil vom 23.10.2009, 23 U 3430/09, juris; Senat, Urteil vom 03.07.2019, 8 U 27/19).

b) An diesem Maßstab gemessen hat der Kläger zu 2. mit seinem schriftsätzlichen Vortrag unter Berücksichtigung der mündlichen Ergänzungen im Senatstermin einen konkreten dringlichen Verfügungsgrund für den Anspruch auf vorläufige Untersagung des Tätigwerdens des Beklagten als Geschäftsführer nicht gem. den §§ 935, 940, 920 Abs. 2, 936, 294 ZPO glaubhaft gemacht. Eine **konkrete schwerwiegende Beeinträchtigung seiner rechtlichen Interessen als Gesellschafter** der N GmbH durch die Tätigkeit des Beklagten als Geschäftsführer hat der Kläger zu 2. nicht hinreichend dargelegt. Mit der Berufsbegründung hat er lediglich pauschal dargelegt, dass eine Untersagung der Ausführung der Geschäftsführerrechte erforderlich und eilig sei, da der Beklagte die Möglichkeit habe, als Geschäftsführer für die N GmbH trotz nichtiger Geschäftsführerbestellung aufzutreten und für diese im Rechtsverkehr verbindliche Verpflichtungen einzugehen. Dieser Vortrag genügt nicht der Rechtsprechung des Senats. Vielmehr liegt es grundsätzlich im Interesse der Gesellschaft, dass ein Geschäftsführer existiert, der sein Amt auch wahrt. Anhaltspunkte für eine zu besorgende pflichtwidrige Amtsführung hat der Kläger zu 2. nicht dargelegt.

Auch der deutlich substantiertere sowie gem. § 420 ZPO urkundlich belegte Vortrag des Klägers zu 2. in der Replik vom 20.11.2019 vermag im Ergebnis nicht einen Verfügungsgrund hinreichend glaubhaft zu machen. Dass der Beklagte seine derzeitige faktische Position dazu ausgenutzt hat, durch Schreiben vom 27.08.2019 die Prokura des Klägers zu 2. zu widerrufen, durch Schreiben vom 25.09.2019 das Anstellungsverhältnis des Klägers zu 2. zu der N GmbH mittels ordentlicher Kündigung unter Freistellung von der Arbeitsleistung fristgemäß zum 31.03.2020 zu beenden sowie durch Gesellschafterbeschluss vom 07.09.2019 sich selbst – den Beklagten – zum alleinigen verantwortlichen Leiter des Geschäftsbereichs „Kfm. Leiter des Controllings sowie der Finanz- und Personalabteilung“ im Rahmen seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer zu bestellen, begründet nicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit der rechtsmissbräuchlichen Ausübung der (vorläufigen) Geschäftsführerstellung zur schwerwiegenden Beeinträchtigung der rechtlichen Interessen des Klägers zu 2. Zum einen ist dieser durch die gegen ihn selbst gerichteten Maßnahmen nicht in seiner Stellung als – angesichts der

unwirksamen Einziehung – Gesellschafter der GmbH betroffen, sondern als angestellter Prokurst des Unternehmens. Eine Beeinträchtigung der Gesellschafterrechte des Klägers zu 2. ist mit den konkreten Maßnahmen – auch wenn der Beklagte die Gesellschafterstellung des Klägers zu 2. leugnet – nicht verbunden. Überdies hat der Beklagte die aus seiner Sicht den Widerruf der Prokura, die Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers zu 2. sowie die eigene Übernahme der Controlling-, Finanz- und Personalabteilung notwendig machenden Gründe (von dem Kläger zu 2. als Prokurst und dessen Abteilung zu verantwortende katastrophale Buchführung und dadurch bedingte wirtschaftliche Schieflage des Unternehmens) im Senatstermin näher dargelegt, ohne dass der für die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes darlegungs- und beweisbelastete Kläger zu 2. konkrete Tatsachen glaubhaft machen konnte, dass die gegen ihn gerichteten Maßnahmen ohne Grund nur zum Zwecke seines Herausdrängens aus der GmbH erfolgt seien.

Die unstreitige Tatsache, dass der Beklagte zugleich – in streitigem aktuellen Umfang – als Geschäftsführer des anderweitigen Maschinenherstellers der Verpackungsbranche Fa. M GmbH tätig ist, vermag ohne – vorliegend fehlenden – konkreten Vortag des Klägers zu 2. nicht die Besorgnis glaubhaft zu machen, dass der Beklagte seinen – durch Beschluss vom 07.09.2019 ausgeweiteten – Aufgaben als Geschäftsführer der N GmbH nicht in dem erforderlichen Maße ordnungsgemäß nachkommen könne. Auch eine unzulässige Konkurrenztätigkeit ist nicht glaubhaft gemacht, da der Beklagte unwiderlegt vorgetragen hat, dass das andere Unternehmen, in dem er im März 2020 als Geschäftsführer ausscheiden werde, kein Wettbewerber sei, weil die Tätigkeiten beider Unternehmen in den Produktlinien hintereinander liegen. 158

Des Weiteren vermag auch die vom Kläger zu 1. als Vertreter für den Kläger zu 2. im Senatstermin behauptete Absicht des Beklagten, die N GmbH zeitnah zu veräußern, keinen Verfügungsgrund zu rechtfertigen. Ausgehend von der hinterlegten Gesellschafterliste könnten allenfalls die Geschäftsanteile des Beklagten und der GmbH übertragen werden. Seinen eigenen Geschäftsanteil kann der Beklagte ohnehin grundsätzlich frei an einen Dritten veräußern. Als Gefahr verbleibt damit nur, dass der Beklagte als Geschäftsführer die Veräußerung der Geschäftsanteile der GmbH selbst betreiben könnte. Dafür ist aber grundsätzlich ein Gesellschafterbeschluss erforderlich, der Geschäftsführer einer GmbH kann nicht eigenmächtig handeln. Zwar könnte der Beklagte möglicherweise die Gesellschafterrechte des Klägers zu 2. durch Unterlassen der Einladung zu der notwendigen Gesellschafterversammlung vereiteln. Insoweit hätte jedoch jeder Geschäftsführer – also auch die etwa statt des Beklagten zu bestellenden Herren X und/oder S – die geänderte Gesellschafterliste gem. § 16 Abs. 1 GmbHG zu beachten, solange sie beim Handelsregister vorliegt. 159

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die N GmbH im Falle des Erlasses der beantragten einstweiligen Verfügung erneut – zum zweiten Mal nach dem Tod des Herrn C – führungslos wäre, der Beklagte sich aber andererseits auf Basis der Legitimationswirkung entfaltenden aktuellen hinterlegten Gesellschafterliste jederzeit wieder durch einen Gesellschafterbeschluss zum Geschäftsführer bestellten könnte. Die Auseinandersetzung der Parteien muss unter Beachtung der darlegten vorläufigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage durch den Senat dem laufenden Hauptsacherechtsstreit vorbehalten bleiben. 160

III. 161

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. 162