

letzte Aktualisierung: 27.7.2023

KG, Urt. v. 17.5.2023 – 23 U 14/23

ZPO § 935; GmbHG § 40

Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste; einstweiliger Rechtsschutz

Reicht ein Geschäftsführer in Befolgung einer einstweiligen Verfügung eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister ein, so liegt darin in Bezug auf das Hauptsacheverfahren kein erledigendes Ereignis.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

Gründe

I.

Streitgegenständlich sind vor allem die Beschlussfassungen der Verfügungsbeklagten (im Folgenden: Beklagte) vom 10.10.2022 über die Einziehung der Gesellschaftsanteile der Verfügungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) und anschließend über die Aufstockung der Anteile, ferner die Beschlussfassungen vom 04.11.2022 (Anlage AG 28: Erklärung von Anerkenntnissen bezüglich der Anfechtungsklagen gegen die Beschlüsse vom 26.02. und vom 27.05.2022; Rücknahme der Schadensersatzklage gegen die Nebenintervenienten sowie einen mittelbaren Gesellschafter; Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 46 Nr.8 GmbHG) und vom 21.11.2022 (II 98; Anlage AS 69: Bestätigung der Bestellung eines besonderen Vertreters, der außerdem die Erfolgsaussichten der Schadensersatzklage und weiterer Verfahren prüfen soll).

Die Einziehung vom 10.10.2022 stützt sich auf die Pfändung der Geschäftsanteile der Klägerin an der Beklagten aufgrund eines Pfändungsbeschlusses des Amtsgerichts Mitte vom 29.06.2022 - 36 M 556/22 - zugunsten der ..., vertreten durch den Nebenintervenienten zu 2) (Anlage AG 11). Der Pfändung liegt ein Vollstreckungsbescheid des Amtsgerichts Wedding vom 27.09.2021 über rund 1,6 Mio € zugrunde.

Aufgrund der Beschlussfassungen vom 10.10.2022 wurden am 11.10.2022 neue Gesellschafterlisten beim Handelsregister eingereicht und am 26. und 27.10.2022 in den Registerordner aufgenommen.

Das Landgericht hat am 24.11.2022 bezogen auf die Beschlüsse vom 10.10.2022 eine einstweilige Verfügung erlassen mit folgendem Inhalt:

1. Verpflichtung der Beklagten, eine korrigierte Gesellschafterliste mit Inhalt der Liste vom 01.07.2021 einzureichen;
2. Verpflichtung der Beklagten,
 - a) die Klägerin als Gesellschafterin zu behandeln
 - b) den Beschluss über die Aufstockung nicht umzusetzen.

Ferner hat das Landgericht am 29.11.2022 eine einstweilige Verfügung erlassen auf Untersagung, die Beschlüsse gemäß Niederschrift vom 04.11.2022 umzusetzen.

Es hat mit am 21.12.2022 verkündeten Urteil die oben genannten einstweiligen Verfügungen vom 24. und 29.11.2022 aufrechterhalten und der Beklagten zudem untersagt, die Beschlüsse gemäß Niederschrift vom 21.11.2022 umzusetzen. Hiergegen richten sich die von ... für die Beklagte und die von der Nebenintervenientin zu 1) eingelegten Berufungen.

Zwischenzeitlich ist eine neue Gesellschafterliste vom 20.12.2022, die inhaltlich der früheren Liste vom 01.07.2021 entspricht und die Klägerin wieder als Mehrheitsgesellschafterin ausweist (Anlage AS 76), vom Geschäftsführer ... erstellt und in den Registerordner verschoben worden.

Die Nebenintervenienten zu 2) und 3) sind am 13.02.2023 als Geschäftsführer gelöscht und ... sowie ... als jeweils alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Beklagten im Handelsregister eingetragen worden (Anlage SKW 1).

Die Klägerin hat daraufhin in der Berufungsinstanz den Rechtsstreit insgesamt für erledigt erklärt. Dem hat sich die Beklagte, nicht aber die Nebenintervenientin zu 1) angeschlossen.

Von der Abfassung eines Tatbestandes wird im Übrigen gemäß § 313a I 1 ZPO abgesehen.

II.

Die Berufung der Beklagten ist unzulässig. Die Berufung der Nebenintervenientin zu 1) hinsichtlich des Gesellschafterbeschlusses vom 10.10.2022 und der auf ihn bezogenen einstweiligen Verfügung vom 24.11.2022 ist unbegründet; im Übrigen hat die Berufung Erfolg.

A) Berufung der Beklagten

Die Berufung der Beklagten, vertreten durch die Nebenintervenienten zu 2) und 3), eingelegt durch ..., ist unzulässig, da ... nicht wirksam bevollmächtigt war. Die von ihm in der mündlichen Verhandlung am Landgericht vorgelegte Vollmacht (vgl. Band II Bl. 86 d.A.) wurde von den vormaligen Geschäftsführern erteilt und datiert vom 21.12.2022. Deren Vertretungsbefugnis für die Beklagte endete aber zuvor mit ihrer Abberufung am 30.11.2022 (Anlage AS 44). Der gefasste Beschluss über die Abberufung ist zum einen mit seinem festgestellten Inhalt als vorläufig verbindlich zu behandeln (vgl. BGH, Urteil vom 02.07.2019 – II ZR 406/17, NJW 2019 S. 3155, Rn. 31; beck-online). Zum anderen hat der Senat mit Urteilen vom 01.03.2023 – 23 W 20/22 und 23 W 2/23 – die Wirksamkeit der Abberufung im einstweiligen Rechtsschutz vorläufig bestätigt. Auf eine vor dem 30.11.2022 erteilte Vollmacht hat ... sich nicht berufen. Vielmehr hatte er zwischenzeitlich mit Schriftsatz vom 24.11.2022 (Bd. I Bl. 105 d.A.) mitgeteilt, dass das Mandat beendet sei.

B) Berufung der Nebenintervenientin zu 1)

1. Die Berufung ist zulässig, insbesondere rechtzeitig eingelegt. Es handelt sich um eine sogenannte streitgenössische Nebenintervention gemäß § 69 ZPO. Beim streitgenössischen Nebenintervenienten ist auf die Zustellung an ihn selbst abzustellen (vgl. Heßler in Zöller, ZPO, 34 Aufl., § 517 Rn. 11).

Das Urteil wurde der Nebenintervenientin zu 1) am 19.01.2023 zugestellt. Die Nebenintervenientin hat am 15.03.2023 innerhalb der gemäß § 520 II ZPO am 19.03.2012 ablaufenden Berufungsbegründungsfrist Fristverlängerung beantragt und die Berufung innerhalb der verlängerten Frist am 18.04.2023 begründet.

2. Der nach Erklärung der Erledigung geänderte und als Hauptantrag weiter verfolgte Antrag auf Feststellung der Erledigung der vormaligen Eilanträge ist abzuweisen, weil er unbegründet ist.

a) Die im Ergebnis einseitig gebliebene Erledigungserklärung ist als Antrag auf Feststellung, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist, auszulegen.

Die Klägerin konnte in zulässiger Weise noch in 2. Instanz die Hauptsachenerledigung erklären.

Im Verhältnis zur Nebenintervenientin zu 1) handelt es sich um eine einseitige Erledigungserklärung, da diese sich der Erledigungserklärung nicht angeschlossen hat. Die von der Beklagten, wirksam vertreten durch ..., abgegebene Erklärung, sich der Erledigung anzuschließen, steht dem nicht entgegen. Die streitgenössische Nebenintervenientin kann frei von den für den einfachen Nebenintervenienten geltenden Beschränkungen (vgl. § 67 Halbs. 2 ZPO) Prozesshandlungen selbst im Widerspruch zu der von ihm unterstützten Partei vornehmen und damit selbständig, auch durch Einlegung eines Rechtsmittels, auf eine nach seiner Ansicht richtige Entscheidung hinwirken (vgl. BGH, Beschluss vom 23.08.2016 – VIII ZB 96/15 –, Rn. 17, juris).

b) Der Feststellungsantrag ist unbegründet, da ein erledigendes Ereignis nicht gegeben ist.

Es liegt entgegen der Ansicht der Klägerin keine Erfüllung vor: Eine solche liegt nicht in der Aufnahme der korrigierten Gesellschafterliste ins Handelsregister. Die Erfüllung setzt die Bewirkung der geschuldeten Leistung voraus (vgl. Grüneberg in Palandt, BGB, 82. Aufl., § 362 Rn. 1).

Das ist hinsichtlich des Beschlusses vom 10.10.2022 und des gegen ihn gerichteten einstweiligen Verfügungsantrages vom 02.11.2022 sowie der hierauf basierenden einstweiligen Verfügung vom 24.11.2022 zu verneinen.

Eine Erfüllung tritt nicht ein, wenn der Schuldner erkennbar zur Abwendung der Vollstreckung aus einem noch nicht rechtskräftigen Titel geleistet hat oder die Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Titel erfolgt. Die - endgültige - Tilgung bleibt in diesen Fällen bis zur Rechtskraft in der Schwebe (vgl. Grüneberg, a.a.O., § 362 Rn. 15).

So liegt es hier. Der Geschäftsführer ... hatte zwar unabhängig von der hier streitgegenständlichen einstweiligen Verfügung des Landgerichts aufgrund seiner Bestellung mit Beschlussfassung vom 30.11.2022 die Befugnis und Kompetenz, eine geänderte Gesellschafterliste einzureichen. Da aber ein Einziehungsbeschluss vorlag, dessen Rechtmäßigkeit zwischen den beiden Hauptgesellschaftern streitig ist, konnte ... seine materielle Berechtigung zur Einreichung einer geänderten Liste nur aus der hier streitgegenständlichen Verfügung vom 24.11.2022 ableiten. Die Befolgung dieser Verfügung stellt noch keine Erfüllung dar, da es sich nur um einen vorläufigen Titel handelt. Daher ist auch der Verfügungsgrund nicht entfallen.

Bei den weiteren Beschlüssen vom 04.11.2022 und 21.11.2022 ist nicht ersichtlich, inwieweit Erledigung eingetreten sein soll, da zum einen die in ihnen enthaltenen Anweisungen an die Geschäftsführung auch von den neuen Geschäftsführern zu beachten wären und zum anderen ein besonderer Vertreter bestellt wurde, dessen Stellung durch die korrigierte Gesellschafterliste oder die neue Geschäftsführung nicht beeinflusst wird.

3) Die Berufung hat Erfolg hinsichtlich der – im Hilfsantrag weiterverfolgten - einstweiligen Verfügungen vom 29.11.2022 (Gesellschaftsbeschluss vom 04.11.2022) und vom 21.12.2022 – insoweit im angefochtenen Urteil enthalten (Gesellschaftsbeschluss vom 21.11.2022).

Die einstweiligen Verfügungen sind aufzuheben, weil die Vollziehungsfrist des § 929 II ZPO nicht gewahrt ist. Die Nichteinhaltung der Vollziehungsfrist kann im Berufungsverfahren

geltend gemacht werden (vgl. Vollkommer in Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 929 Rn. 23). Nachdem die Nebenintervenienten zu 19 und 2) am 30.11.2022 als Geschäftsführer abberufen worden waren, hätte die Zustellung im Parteibetrieb nicht – wie geschehen – nur an den von diesen danach bevollmächtigten ... (vgl. die Ausführungen oben zu II. A), sondern jedenfalls auch an ... erfolgen müssen. Dieser war u.a. von dem neuen und alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer ... bevollmächtigt worden und hat sich unter Berufung auf diese Vollmacht für die Beklagte bestellt.

4) Hinsichtlich der – im Hilfsantrag weiterverfolgten - einstweiligen Verfügung vom 24.11.2022 (Gesellschaftsbeschluss vom 10.10.2022) hat die Berufung keinen Erfolg.

a) Die Klägerin konnte die Anordnung, eine korrigierte Gesellschafterliste einzureichen, als Rechtsschutzziel im einstweiligen Rechtsschutz verfolgen.

Die Regelungssystematik des § 16 III GmbHG und die Möglichkeit, mit der Verpflichtung, den Betroffenen weiter als Gesellschafter zu behandeln, einen ebenso effektiven Schutz zur Verfügung stellen zu können, sprechen dafür, für die Übergangszeit bis zur Hauptsacheentscheidung regelmäßig keine korrigierte Liste (zusätzlich) zuzulassen. Die Frage bedarf keiner abschließenden Entscheidung, da jedenfalls im vorliegenden Fall etwas Anderes gilt, weil die Beklagte gezielt den Rechtsschutz der Klägerin unterlaufen hat.

(1) Der vorbeugende Unterlassungsanspruch auf Untersagung, eine unrichtige Gesellschafterliste einzureichen, kann im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht werden. Dies hat der BGH klargestellt (vgl. Urteil vom 02.07.2019 – II ZR 406/17, NJW 2019 S. 3155, Rn. 39; beck-online). Nicht geäußert hat er sich zu der hier relevanten Frage der nachträglichen Beseitigung einer unrichtigen Gesellschafterliste.

Eine solche könnte zur Gewährleistung des vom BGH betonten effektiven Rechtsschutzes erforderlich sein. Der Beseitigungsanspruch ist lediglich die Fortsetzung des vorbeugenden Unterlassungsanspruches. Bei letzterem droht eine Rechtsbeeinträchtigung, bei ersterem ist sie bereits eingetreten. Hält man mit dem BGH eine vorbeugende Unterlassungsklage im einstweiligen Rechtsschutz für zulässig, so spricht dies ebenso für die einstweilige Durchsetzung des Beseitigungsanspruches (ebenso OLG München, Beschluss vom 18.05.2021 – 7 W 718/21, Rn. 18, beck-online).

Der BGH hat in seinem Urteil vom 02.07.2019 (a.a.O., Rn. 39) insoweit ausgeführt:

„Dem von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung seines Geschäftsanteils betroffenen Gesellschafter muss daher ein effektives Mittel zur Verfügung gestellt werden, seine Entrechtung in der Gesellschaft während der Dauer des Rechtsstreits über die Einziehung zu verhindern bzw. seine streitige materiell-rechtliche Gesellschafterstellung bis zur Klärung der Wirksamkeit der Einziehung zu sichern. Begleitend zur Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Einziehungsbeschluss kann der Gesellschafter bei Vorliegen der Voraussetzungen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die insoweit passivlegitimierte Gesellschaft das Verbot erwirken, eine neue Gesellschafterliste, in der er nicht mehr aufgeführt ist, bei dem Registergericht einzureichen.“

Diese Ausführungen des BGH treffen für die nachträgliche Beseitigung der Liste gleichermaßen zu.

Nach dieser Rspr. lässt sich die strenge Linie des Senats in seiner Entscheidung vom 10.12.2015 – 23 U 99/15, Rn. 11 – 14, beck-online) nicht aufrechterhalten. Es muss uneingeschränkt möglich sein, auch nach der Beschlussfassung einstweiligen Rechtsschutz gegen eine (wahrscheinlich) unrichtige Liste zu erlangen.

Anderenfalls hinge die Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes von zeitlichen Zufälligkeiten ab und benachteiligte gerade den Gesellschafter, der aufgrund eines Ladungsmangels keine Kenntnis von der Versammlung hat. Hierauf weist das OLG München (a.a.O., Rn. 52) zutreffend hin. Das Argument der Beklagten, die Klägerin habe im Vorfeld der Einreichung der geänderten Liste ausreichend Gelegenheit, eine solche vorbeugend untersagen zu lassen, trifft gerade im Falle eines schwerwiegenden Ladungsmangels nicht zu. Darüber hinaus ist ein einstweiliger Rechtsschutz im Vorfeld der Gesellschafterversammlung nach verbreiteter und auch vom Senat vertretener Auffassung regelmäßig nicht möglich, da in die Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung nicht eingegriffen werden soll und der betroffene Gesellschafter die Möglichkeit hat, die Versammlung von einer rechtswidrigen Beschlussfassung abzuhalten.

(2) Die Klägerin kann nicht auf die Möglichkeit verwiesen werden, der Liste einen Widerspruch zuzuordnen. Sofern ein solcher bei einer Einziehung möglich sein sollte, schützte er nur vor einem Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb. Er lässt hingegen, und das ist im vorliegenden Kontext entscheidend, die Legitimationswirkung des § 16 I GmbHG unberührt (vgl. Verse, in Henssler/ Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., § 16 GmbHG, Rn. 35, 83). Die Gesellschaft muss den in der Liste eingetragenen Gesellschafter als solchen behandeln, auch wenn seinen Anteilen ein Widerspruch zugeordnet sein sollte. Hierauf weist das Landgericht zutreffend hin (UA S. 11).

(3) Damit ist noch nicht die Frage beantwortet, wie die Gewährung effektiven nachträglichen Rechtsschutz erfolgen kann. Namentlich kommt als milderer Mittel die Anordnung in Betracht, den von einem Einziehungsbeschluss betroffenen Gesellschafter wie einen Gesellschafter zu behandeln. Eine solche Verpflichtung hat das Landgericht in seiner angefochtenen einstweiligen Verfügung zusätzlich ausgesprochen.

Der BGH hat eine solche Verpflichtung als mögliches milderer Mittel angesehen:

„Da [der Betroffene] vor der Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer angehört werden muss, kann er gegebenenfalls im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreichen, dass dem Geschäftsführer die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste vorläufig untersagt wird, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen, insbesondere neben dem wirksamen Erwerb des Geschäftsanteils ein Verfügungsgrund gegeben ist (§§ 935 ff. ZPO). Wo das Schutzbedürfnis des Betroffenen nicht so weit reicht, dass eine Untersagung der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste in Betracht kommt, kann durch eine einstweilige Regelung der Ausübung der Gesellschafterrechte den beiderseitigen Interessen Rechnung getragen werden“ (Urteil vom 17.12.2013 – II ZR 21/12 –, Rn. 39, juris).

Unter dem Gesichtspunkt der Vorwegnahme der Hauptsache ergibt sich bei vorheriger Untersagung und nachträglicher Verpflichtung eine ähnliche Sach- und Rechtslage, da die jeweiligen Gesellschafterlisten – bei Untersagung die ursprüngliche, bei nachträglicher Beseitigung die korrigierte Liste - inhaltlich gleich sind (lediglich das Datum der Liste weicht ab). Vor diesem Hintergrund erscheint die Argumentation des Senats in seiner Entscheidung vom 10.12.2015 nicht zwingend. Denn auch im Falle der Unterlassung ist es eine Anordnung des

Gerichts, die zu einer Unrichtigkeit der Gesellschafterliste führt, wenn die neue Liste entgegen der vorläufigen Einschätzung des Gerichts der wahren Rechtslage entsprochen hätte.

Der Senat hat die Anordnung, einen Antragsteller wie einen Gesellschafter zu behandeln, richtigerweise für möglich gehalten. Diese Möglichkeit eröffnet einen effektiven nachträglichen Rechtsschutz. Sie hat nach der zitierten Rechtsprechung des BGH vom 04.06.2019 bei einer schon eingereichten Liste zur Folge, dass sich die Gesellschaft nicht mehr auf die Legitimationswirkung der vorhandenen Liste berufen kann, sondern vielmehr faktisch die vorherige Liste gilt. Zwischen der Anordnung zur Behandlung als Gesellschafter und der Anordnung zur Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste besteht somit im Hinblick auf die Legitimationswirkung des § 16 I GmbHG und das Innenverhältnis kein Unterschied (a.A. OLG München, a.a.O., Rn. 51, 54).

(4) Ein Unterschied kann sich im Hinblick auf § 16 III GmbHG ergeben. Nach der Systematik des § 16 III GmbHG bleibt im Streit um die Richtigkeit einer Gesellschafterliste die fragliche Liste im Registerordner; es kann „nur“ – sofern einschlägig – dem betreffenden Gesellschaftsanteil ein Widerspruch zugeordnet werden. Der nach der Liste berechtigte Gesellschafter braucht hingegen nichts weiter zu unternehmen. Diese Systematik wird umgekehrt, wenn die Einreichung einer korrigierten Liste zugelassen wird. Der in der angegriffenen Liste als Berechtigter ausgewiesene Gesellschafter muss nun seinerseits in der korrigierten Liste dem entsprechenden Anteil einen Widerspruch zuordnen lassen, um eine Verfügung über den Anteil zu verhindern.

(5) Ein Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Liste besteht jedenfalls dann, wenn – wie hier – das Vorgehen der beklagten Gesellschaft erkennbar darauf ausgerichtet ist, einen effektiven präventiven Rechtsschutz des Gesellschafters zu vereiteln (ähnlich schon das OLG München, a.a.O., Rn. 52, das aber auf das Verhalten des Gesellschafters abstellt, ob dieser das seinerseits Mögliche getan hat, um effektiven Rechtsschutz zu erlangen).

Rechtsschutz in Form der Untersagung, eine neue Liste einzureichen, kann bei ordnungsgemäßem Vorgehen der Gesellschaft noch im Nachgang der Beschlussfassung erlangt werden, da der Einziehungsbeschluss dem betroffenen Gesellschafter bekannt gegeben werden muss. Für das Wirksamwerden der Einziehung ist eine Gestaltungserklärung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 10.05.2016 – II ZR 342/14 –, BGHZ 210, 186-197, Rn. 18).

Dieses Erfordernis hat die Beklagte unabhängig von den streitigen Ladungsmängeln nach ihrem eigenen Sachvortrag unterlaufen, da sie bereits am 11.10.2022 die geänderte Liste durch den Notar einreichen ließ, während die Übersendung des Protokolls nach mmmm erst am 12.10.2022 und die Zustellung auch nach ihrer Behauptung erst am 21.10.2022 erfolgte.

Der Geschäftsführer muss dem Betroffenen (im Falle einer vermeintlich unrichtigen Liste) zudem vor der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Wenn der Betroffene der Korrektur widerspricht, ändert das zwar zunächst nichts an der Berechtigung des Geschäftsführers, bei Fehlern für eine Berichtigung der Gesellschafterliste zu sorgen, der Betroffene kann im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes aber erreichen, dass dem Geschäftsführer die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste vorläufig untersagt wird (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013 – II ZR 21/12 –, Rn. 36, 39, juris). Die gebotene Anhörung, um dem Betroffenen die Einholung vorläufigen Rechtsschutzes zu ermöglichen, zeigt die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes als Instrument zur vorläufigen Überprüfung einer

Gesellschafterliste. Das spricht dafür, im Falle des gezielten Unterlaufens dieser Rechtsschutzmöglichkeit ausnahmsweise über eine bloße Untersagung hinaus, die Einreichung einer korrigierten Liste anordnen zu können.

b) Die Klägerin hat einen Verfügungsanspruch. Aus § 1004, § 823 I BGB ergibt sich der Anspruch des Gesellschafters, einen rechtswidrigen Eingriff in sein Mitgliedschaftsrecht beseitigen zu lassen.

Der Beschluss ist formell rechtswidrig und nichtig, da die Klägerin zur Versammlung am 10.10.2022 nicht geladen wurde.

Ebenso wie das Landgericht vermag der Senat nicht aufgrund der eidesstattlichen Versicherung und der Erklärungen des Nebenintervenienten zu 2) in der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung von der wahrscheinlichen Richtigkeit der Behauptung der Beklagten auszugehen, in der Postsendung vom 20.09.2022 sei (auch) die Ladung zur Gesellschafterversammlung am 10.10.2022 enthalten gewesen.

Es bestehen vielmehr die nachfolgenden Zweifel, die in ihrer Gesamtheit durchdringen.

Die Kammergerichtsurteile werden von dem Nebenintervenienten zu 2) in seiner eidesstattlichen Versicherung und von der Beklagten in ihren Schriftsätzen (zunächst) nicht als Inhalt der Postsendung benannt. Das ist inkonsequent, da – wie mittlerweile unstreitig ist – die Urteile mit der fraglichen Postsendung versandt wurden und es erkennbar auf den genauen Inhalt der Postsendung ankam. Es hätte nahegelegen, diesen vollständig aufzulisten.

Der von der Beklagten angeführte Umstand, die Urteile seien anders als der Pfändungsbeschluss und der Gesellschaftsvertrag keine Anlage der Einladung vom 20.09.2022 gewesen, erklärt nicht, wieso die Urteile bei der Auflistung des Inhalts unerwähnt blieben. Die Beifügung der Urteile soll nach der nachträglichen Erläuterung der Beklagten den Zweck gehabt haben, die Geschäftsführerstellung der einladenden Nebenintervenienten zu 2) und 3) zu legitimieren. Dann kam den Urteilen eine ebenso große Bedeutung zu wie etwa der Beifügung des Gesellschaftsvertrags.

Es ergeben sich ferner aus unstreitigen Umständen Anhaltspunkte für die Annahme, die vormaligen Geschäftsführer haben die Klägerin von der Versammlung am 10.10.2022 fernhalten und als Gesellschafterin unbedingt kurzfristig ausschalten wollen.

So erfolgte keine parallele Benachrichtigung der Prozessbevollmächtigten der Klägerin trotz deren ausdrücklichen und berechtigten Wunsch, zumal in der Zeit um den 10.10.2022 wegen der seitens der Klägerin einberufenen Versammlung am 30.11.2022 ohnehin E-Mail-Kontakt bestand. Zudem wurde die korrigierte Liste bereits am 11.10.2022 und damit vor Bekanntgabe und Wirksamwerden des Einziehungsbeschlusses beim Handelsregister eingereicht. Der Versand des Protokolls der Versammlung vom 10.10.2022 erfolgte, wenn überhaupt, frühestens am 12.10.2022.

Der zeitliche Ablauf spricht indiziell ebenfalls gegen die Erklärung des Nebenintervenienten zu 2). Obschon der Pfändungsbeschluss vom 29.06.2022 datiert, initiierte er erst und genau im Vorfeld der Versammlung vom 30.11.2022, in der über seine Abberufung beschlossen werden sollte, die Einziehung der Anteile. Am 19.09.2022 ging den Nebenintervenienten zu 2) und 3) das Einberufungsverlangen der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 12.09.2022 über die

Abhaltung einer Gesellschafterversammlung unter anderem mit dem Tagesordnungspunkt ihrer Abberufung als Geschäftsführer zu. Einen Tag später am 20.09.2022 luden sie zu der streitgegenständlichen Versammlung am 10.10.2022. Die Erklärung des Nebenintervenienten zu 2), er habe den Pfändungsbeschluss nach erneuter Inbesitznahme der Geschäftsräume im September 2022 „vorgefunden“, wirkt konstruiert, da er die Pfändung selbst als Gläubigervertreter beantragt hat, vgl. Anlage AG 11.

Schließlich spricht indiziell die eidesstattliche Versicherung des Prozessbevollmächtigten der Klägerin, Anlage AS 50, wonach am Tage des jeweiligen Zugangs der Postsendungen die Klägerin diese an ihn mit dem jeweils behaupteten Inhalt – KG-Urteile; Schreiben vom 04.10.2022 – weitergeleitet habe, gegen den von der Beklagten behaupteten Inhalt. Selbst wenn man der Beklagten eine Täuschung ihres eigenen Prozessbevollmächtigten zutrauen würde, so ist es unwahrscheinlich, dass sie bereits am 30.09.2022 ohne Hinzuziehung ihres Prozessbevollmächtigten die gesellschaftsrechtlichen Implikationen der zudem auf Deutsch verfassten Einladung überschaute.

Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO ist es dem Gericht möglich, die Behauptung des Inhalts der Postsendung selbst dann als nicht erwiesen anzusehen, wenn allein die eidesstattliche Versicherung und die Aussage des als präsenten Zeugen angehörten Nebenintervenienten zu 2) vorlägen, sofern durchgreifende Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit bestehen. Das ist nach dem Gesagten der Fall. Auf die ebenfalls bestehenden Ungereimtheiten bei den von der Beklagten vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen, auf die die Nebenintervenientin zu 1) in ihrer Berufung zutreffend hingewiesen hat, kommt es nicht mehr an. Wenn das Gericht hinsichtlich der Aufrichtigkeit beider Seiten Zweifel hat, kann auch dies zu einem sogenannten Non-Liquet führen.

Keinen Fehler des Landgerichts stellt es dar, die seinerzeit anwesende Frau ... nicht vernommen zu haben. Weder die Beklagte noch die Nebenintervenienten haben sich auf ihr Zeugnis berufen. Sie haben vielmehr ausweislich des Protokolls Frau ... im Saal bleiben lassen, obschon das Gericht auf mögliche Konsequenzen für die Beweiswürdigung hingewiesen hat (vgl. II 86). Davon, dass Frau ... als präsenzte Zeugin gestellt worden ist, steht in dem Protokoll entgegen dem, was die Berufung möglicherweise suggerieren will (II 24), nichts.

Ferner zeigt die Berufung nicht die Erheblichkeit der geltend gemachten vermeintlichen Rechtsverletzung auf. Die Beklagte und die Nebenintervenienten haben anlässlich ihrer Berufungsrüge weder den streitigen Inhalt der Postsendung in das Wissen von Frau ... gestellt noch eine diesbezügliche eidesstattliche Versicherung vorgelegt. Die von dem Nebenintervenienten zu 2) in seiner Zeugenanhörung laut Protokoll der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung bekundete Anwesenheit von Frau ... im Büro, worauf sich auch die Berufung bezieht, besagt noch nichts über eine Kenntnis des Inhalts. Die Vorsitzende der 1. Instanz hat in dem Beschluss zur Protokollberichtigung vom 20.02.2023 zudem ausgeführt, Frau ... habe auf eine entsprechende auf Deutsch gestellte Frage den Kopf geschüttelt. Die Klägerin hat sich dies in ihrer Berufungserwiderung zu eigen gemacht, ohne dass die Beklagte oder die Nebenintervenienten dem widersprochen hätten. Selbst wenn Frau ... die Frage falsch verstanden haben sollte, hätte ihr Kopfschütteln Anlass für eine entsprechende Nachfrage geben müssen, wenn eine ergiebige Aussage von ihr erwartet worden wäre.

Ebenso wenig stellt es einen Fehler dar, die nicht präsenten Zeugen, deren eidesstattliche Versicherungen vorgelegt wurden, nicht als Zeugen vernommen zu haben. Nach § 294 I, § 920 I ZPO sind im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nur präsenzte Beweismittel zulässig. Hierzu

gehören gleichermaßen die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung als auch die Vernehmung allein von präsenten Zeugen. Aus der zitierten Entscheidung der Technischen Beschwerdekammer ergibt sich nichts Anderes (zutreffend Verfügungsklägerin im Schriftsatz vom 21.03.2023, S. 4).

c) Der Verfügungsgrund ergibt sich nach zutreffender Ansicht des Landgerichts bereits aus der Streichung der Klägerin aus der Gesellschafterliste, da sie damit ihre Gesellschafterrechte nicht mehr ausüben kann. Bereits hierin liegt ein wesentlicher Nachteil, den es abzuwenden gilt, § 940 ZPO. Die in seiner Entscheidung vom 10.12.2015 (a.a.O., Rn. 25ff.) vertretene strengere Auffassung hält der Senat angesichts des Urteils des BGH vom 02.07.2019 nicht aufrecht.

Ohne die einstweilige Anordnung könnten die übrigen Gesellschafter während der Dauer des Rechtsstreits das Unternehmen nach ihrem Belieben umgestalten. Aufgrund der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG blieben die von den übrigen Gesellschaftern gefassten Beschlüsse auch dann wirksam, wenn der Gesellschafter mit seiner Klage gegen den Einziehungsbeschluss Erfolg hätte. Insbesondere wenn wie vorliegend der Anteil eines Mehrheitsgesellschafters eingezogen und dieser aus der Gesellschafterliste entfernt wird, kommt es zu einem unmittelbaren Kontrollwechsel. Die veränderten Machtverhältnisse ermöglichen weitreichende Geschäftsführungsentscheidungen sowie die Fassung und Umsetzung satzungs- und strukturändernder Beschlüsse, die der Mehrheitsgesellschafter nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand rückgängig machen kann (vgl. BGH, Urteil vom 02.07.2019, a.a.O., Rn. 38f.).

C) Prozessuale Nebenentscheidungen

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 97 I, § 92 I 1, § 100 iVm. § 101 II ZPO.

Die Nebenintervenientin zu 1) ist als streitgenössische Nebenintervenientin gemäß § 101 II ZPO wie ein Streitgenosse an den Kosten des Rechtsstreits zu beteiligen.

Bei der Kostenentscheidung ist zum Nachteil der Klägerin zu berücksichtigen, dass sie bezüglich der einstweiligen Verfügung vom 24.11.2022 mit dem Feststellungsantrag und bezüglich der einstweiligen Verfügung vom 29.11.2022 sowie der Urteilsverfügung vom 21.12.2022 vollständig unterlegen ist. Letzteres führt auch zu einer Abänderung der Kostenentscheidung in 1. Instanz, da die Versäumung der Vollziehungsfrist des § 929 II ZPO von der Klägerin zu vertreten ist (vgl. Vollkommer in Zöller, ZPO, 34. Aufl., § 927 Rn. 12).

Der Senat hat hierbei das Unterliegen der Klägerin mit ihren Feststellungsanträgen in 2. Instanz geringer gewichtet als die hilfsweise weiter verfolgten Verfügungsanträge, da letztere das eigentliche Begehren der Klägerin darstellen.

Die Kosten der unzulässigen Berufung der Beklagten sind nicht ... aufzuerlegen, da er die Einlegung der Berufung nicht veranlasst hat. Zum Zeitpunkt der Berufungseinlegung am 02.02.2023 konnte er sich vielmehr auf einen Auftrag und eine Vollmacht der im Handelsregister als Geschäftsführer der Beklagten eingetragenen ... und ... berufen. Die Kostenverteilung bei vollmachtloser Vertretung richtet sich nach dem Veranlassungsprinzip (vgl. Althammer in Zöller, ZPO, § 88 Rn. 11).

Einer Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit bedarf es wegen § 542 II 1 ZPO nicht.