
Datum: 28.01.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 176/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0128.8U176.06.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 10 O 11/03

Tenor:

1.

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 09. August 2006 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Hagen teilweise abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen, soweit der Beklagte verurteilt worden ist (Klageantrag zu 5.a.), Rechenschaft über die seit dem 08. Oktober 2002 von ihm für die T GbR einschließlich des Betriebsteils „S“ vorgenommenen Geschäfte und verwendeten Gelder (Einnahmen und Ausgaben) zu legen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen, allerdings

hinsichtlich des ersten Satzes des Tenors des angefochtenen Urteil (Klageantrag zu 1.) mit der Maßgabe, dass dieser wie folgt lautet: „Es wird festgestellt, dass die von dem Beklagten dem Kläger mit dem durch den Obergerichtsvollzieher N1 am 10. Dezember 2002 zugestellten (undatierten) Schreiben gemäß „§ 725 BGB i.V.m. § 18 Ziffer 2. des Gesellschaftsvertrages der T GbR Dr. U ausgesprochene Kündigung die Gesellschafterstellung des Klägers nicht beendet hat und unverändert fortbestand.“

und

hinsichtlich des vierten Satzes des Tenors des angefochtenen Urteils (Klageantrag zu 7.) mit der Maßgabe, dass dieser wie folgt lautet: „Es wird festgestellt, dass der Beklagte seit der Zustellung des vom Kläger erstellten Protokolls der Gesellschafterversammlung vom 10. Dezember 2002 nicht mehr Gesellschafter der T GbR Dr. U ist.“

2.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

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

4.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 246.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

1

A.

2

Die Parteien waren unter anderem Gesellschafter der "T GbR U". Diese vermietete in X 13 zuvor errichtete Ferienwohnungen und betrieb dort zudem den Gastronomiebetrieb "S". Der Kläger und der Beklagte streiten nach gegenseitigen Ausschlüssen aus der GbR und Kündigungen um die sich daraus ergebenden Folgen und ihre Beteiligungen.

3

Wegen der weiteren Einzelheiten der Feststellungen, der erstinstanzlichen Anträge sowie der Entscheidungsgründe wird auf das Zwischenurteil des Landgericht vom 15.12.2004 (Bl. 866 ff.) sowie das angefochtene Teilurteil vom 09.08.2006 (Bl. 1397 ff.) verwiesen.

4

Das Landgericht der Klage mit dem Teilurteil teilweise stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

5

Dagegen wendet sich der Beklagte mit der Berufung. Er rügt Verfahrensfehler des Landgerichts und wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Sachvortrag:

6

Die Tatsachenfeststellungen seien lückenhaft, weil das Landgericht erstinstanzliches Vorbringen übergangen habe. Es habe den Beweisbeschluss vom 13.07.2005 weder

7

vollständig ausgeführt noch aufgehoben und mehrfach gegen richterliche Hinweispflichten verstoßen sowie ein Überraschungsurteil gefällt.

Das Landgericht habe unzutreffend offen gelassen, ob der Kläger seinen vermeintlichen Anteil an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an einen Dritten, vermutlich seine Ehefrau, abgetreten habe. Er könne deshalb allenfalls Leistung an den neuen Gesellschafter verlangen. 8

Der Beklagte meint ferner, dass der Kläger der T GbR schon nicht wirksam beigetreten und auch nicht wirksam als Geschäftsführer bestellt worden sei. Der Gesellschaftsvertrag sei wegen Verstoßes gegen das Gewerblichkeitsgebotes bei Steuerberatern nichtig. Der Kläger habe daher nie Rechte als Gesellschafter und Geschäftsführer geltend machen können. 9

Jedenfalls sei der Kläger aufgrund der Kündigung wegen der Vorpfändung der vermeintlichen Gesellschaftsanteile oder des von ihm, dem Beklagten, gefassten Ausschlussbeschlusses in der Gesellschafterversammlung am 10.12.2002 nicht mehr Gesellschafter und Geschäftsführer der GbR. 10

Der Kläger habe ihm am 10.12.2002 auch nicht wirksam die Geschäftsführung entzogen und insbesondere keinen darauf gerichteten Gesellschafterbeschluss gefasst; insoweit habe das Landgericht auch den Ablauf der Gesellschafterversammlung fehlerhaft gewürdigt. 11

Der Beklagte führt ferner näher aus, dass der Kläger ihn nur mittels Gesellschafterbeschluss hätte ausschließen können, nicht aber durch eine einseitige Willenserklärung bzw. Übersendung eines Protokolls über die Gesellschafterversammlung. In diesem Zusammenhang habe das Landgericht auch fehlerhaft offen gelassen, ob die T GbR tatsächlich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine offene Handelsgesellschaft sei. 12

Der Beklagte trägt ferner vor, für seine Ausschließung habe kein Grund vorgelegen; insbesondere habe er Gelder der T GbR nicht zweckwidrig verwendet, sondern sie vor unberechtigtem Zugriff des Klägers gesichert. 13

Zudem habe der Kläger wegen eigener Verletzungen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht einen einseitigen Ausschluss nicht erreichen können. Er habe nach dem Zerwürfnis der Parteien im Frühjahr 2001 gegen ihn, den Beklagten, einen Vernichtungsfeldzug geführt; ferner sei ihm insbesondere steuer- und strafrechtlich relevantes Verhalten vorzuwerfen. 14

Der Beklagte beantragt, 15

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen sowie der Widerklage und Hilfswiderklage - entsprechend den erstinstanzlich gestellten Feststellungsanträgen - stattzugeben. 16

Der Kläger beantragt, 17

die Berufung zurückzuweisen. 18

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens sowie Bestreitens hinsichtlich der Verfahrensrügen, des Führens eines Vernichtungsfeldzuges gegen den Beklagten und der sonstigen Vorwürfe. Der Beklagte sei nicht befugt gewesen, die Gelder von den Konten der T GbR zu entnehmen. Das Landgericht habe die Gesellschafterversammlung vom 10.12.2002 19

zutreffend dargestellt und gewürdigt. Die Vorphändung genüge nicht, um eine Kündigung nach § 725 BGB wirksam erklären zu können. Auch ansonsten fehle ein wichtiger Grund für einen Ausschluss oder eine Kündigung. Für die Entscheidung des Rechtsstreits seien gegen ihn, den Kläger, anhängige Steuer- und Strafverfahren unerheblich. Das Landgericht habe zutreffend festgestellt, dass der Beklagte durch die Zustellung des Protokolls über die Gesellschafterversammlung vom 10.12.2002 aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeschlossen worden sei. Er, der Kläger, habe seine Anteile an der T GbR nicht veräußert oder abgetreten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird Bezug genommen auf ihre in zweiter Instanz zur Akte gereichten Schriftsätze. 20

B. 21

Die zulässige Berufung des Klägers ist nur teilweise begründet. 22

Das angefochtene Urteil war teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen, soweit das Landgericht den Beklagten entsprechend dem Klageantrag zu 5.a. verurteilt hat (Rechenschaftslegung über die Einnahmen und Ausgaben der T GbR und des Betriebsteils "S" seit 08.10.2002). 23

Im Übrigen hat das Landgericht zu Recht die Klageanträge zu 1. (Feststellung der Unwirksamkeit der schriftlichen Kündigung der GbR durch den Beklagten vom 10.12.2002), 4.a. (Feststellung der Unwirksamkeit von Ziffer 12. des Gesellschafterbeschlusses vom 10.12.2002, Beklagter nicht Geschäftsführer der GbR), 4.b. (Feststellung d. Unwirksamkeit von Ziffer 14. des Gesellschafterbeschlusses vom 10.12.02 über die Verlegung des Geschäftssitzes der GbR nach X) und 7. 24

(Feststellung der Wirksamkeit des Ausschlusses des Beklagten durch Zustellung des vom Kläger gefertigten Protokolls der Gesellschafterversammlung vom 10.12.2002) für begründet gehalten (nachfolgend I. bis V.) und die Widerklage abgewiesen (nachfolgend VI. bis VII.). 25

I. Klageantrag zu 1. (Feststellung der Unwirksamkeit der schriftliche Kündigung des Beklagten vom 10.12.2002 gem. § 725 BGB i. V. m. § 18 Ziff. 2 GV [Bl. 161]) 26

Dieser Klageantrag ist (mit der nachfolgenden Maßgabe zu Ziff. 1. a.) zulässig und begründet, die Berufung daher erfolglos. 27

1. Zulässigkeit des Klageantrages 28

Der Antrag zu 1. ist zulässig. 29

a. Rechtsverhältnis / Antragsfassung 30

Der Antrag erfüllt in dem vom Kläger gewählten Wortlaut nicht die prozessualen Erfordernisse des § 256 I ZPO. Der Kläger kann nur die Feststellung eines Rechtsverhältnisses fordern, nicht aber die Unwirksamkeit einzelner Handlungen, hier der Kündigung. Allerdings ist sein Antrag unter Berücksichtigung des zugehörigen Sachvortrages dahingehend auszulegen, dass er die Feststellung begehrt, trotz der Kündigungserklärung vom 10.12.2002 weiterhin Gesellschafter der T GbR geblieben zu sein und die Gesellschaft trotz dieser Kündigung (zunächst) unverändert fortbestanden hat. 31

b. Feststellungsinteresse 32

aa. 33

Entgegen der Ansicht des Beklagten fehlt nicht das Feststellungsinteresse des Klägers für diesen Antrag, weil er nie Gesellschafter der GbR geworden sei. Dieser Gesichtspunkt, träfe er zu, würde zur Unbegründetheit des Antrages führen. Es handelt sich insoweit um eine sog. doppelrelevante Tatsache, d. h. eine Tatsache, die sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit einer Klage notwendigerweise erheblich ist. Sie wird erst bei Prüfung der Begründetheit festgestellt; für die Zulässigkeit reicht die einseitige Behauptung aller erforderlichen Tatsachen durch den Kläger aus (RGZ 29, 371, 373 f.; 158, 1, 2; RG JW 1901, S. 396 Nr. 4 und S. 798 f.; 1902, S. 125 Nr. 3; BGHZ 7, 184, 186; BGH, NJW 1964, 497, 498 unter 2; BGHZ 124, 237, 241). 34

bb. Auch unter Berücksichtigung des Klageantrages zu 7. ist nicht zweifelhaft, dass das Feststellungsinteresse des Klägers für den Antrag zu 1. besteht. Zwar müsste dort inzidenter geprüft werden, ob der Kläger weiterhin Gesellschafter geblieben oder durch die vorherige Kündigung aus der Gesellschaft ausgeschieden und diese aufgelöst ist; denn es gibt keine Ein-Mann-GbR und die Fortsetzungsklausel in § 15 GV hätte zur liquidationslosen Vollbeendigung der T GbR und zur Anwachsung des Gesellschaftsvermögens bei dem letzten verbleibenden Gesellschafter geführt (vgl. BGH, DStR 2008, 1792). Allerdings wäre dann der Klageantrag zu 1. jedenfalls nach § 256 II BGB zulässig. 35

cc. 36

Aufgrund der vorherigen Ausführungen ist auch die Rüge des Beklagten unerheblich, das Feststellungsinteresse fehle, weil er den Kläger durch Beschluss vom 10.12.2002 aus der GbR ausgeschlossen habe. 37

2. Aktivlegitimation des Klägers 38

Zutreffend hat das Landgericht die Aktivlegitimation bejaht (vgl. S. 13 f. UA unter II. 1.) und die Behauptung des Beklagten, der Kläger habe seinen Gesellschaftsanteil im März 2005 abgetreten, für unerheblich gehalten. Eine Anteilsübertragung ist nach § 17 Abs. 1 GV ohne Beteiligung der Gesellschafterversammlung nicht möglich. 39

Ergänzend ist auszuführen, dass der Gesellschaftsanteil im Zusammenhang mit der hier erhobenen Feststellungsklage (und allen übrigen Feststellungsanträgen, soweit über sie in zweiter Instanz zu entscheiden ist) streitbefangen im Sinne von § 265 I ZPO ist (vgl. für die Nichtigkeits- u. Anfechtungsklage BGH NJW 1965, 1378; Zöller/ Greger, 26. Auflage, § 265 ZPO, Rn. 3). 40

Die Abtretung des Gesellschaftsanteils hätte nach § 265 II 1 ZPO auf den Prozess auch keinen Einfluss, insbesondere nicht auf die Sachlegitimation (BGH NJW 1960, 964; BGH DB 2005, 1643); nur einen Leistungsantrag müsste der Kläger umstellen auf Leistung an den Rechtsnachfolger (Zöller/Greger, § 265 ZPO, Rn. 6 a; Thomas/ Putzo/Reichold, 29. Auflage, § 265 ZPO, Rn. 12), hier geht es aber um einen Feststellungsantrag. 41

Es ist auch nicht vorgetragen, weshalb das Urteil nicht gegen den etwaigen Rechtsnachfolger nach § 325 ZPO wirken sollte (mit den dann gegebenen Einwand nach § 265 III ZPO). Insbesondere fehlt Sachvortrag des Beklagten zur Gutgläubigkeit des etwaigen Erwerbers bzgl. des Rechts, über den Gesellschaftsanteil zu verfügen, und der Rechtshängigkeit nach § 325 II ZPO (vgl. dazu Thomas/Putzo/Reichold, § 325 ZPO, Rn. 8 m. w. N.). 42

3. Kläger ist Gründungsgesellschafter der T GbR geworden

Der Kläger ist Gesellschafter der T GbR geworden. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages war entgegen der Ansicht des Beklagten nicht nichtig (dann käme es auf die Kündigung evtl. nicht mehr an), weil kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt (§§ 57 StBerG, 134 BGB). 44

Zwar läge bei einem derartigen Verstoß eine in Vollzug gesetzte fehlerhafte Gesellschaft vor, die grundsätzlich nur mit Wirkung für die Zukunft gekündigt werden könnte. Hier würde allerdings die Anwendung dieser Regeln ausnahmsweise ausgeschlossen sein, weil wegen der Nichtigkeit nach § 134 BGB dem i. d. R. gewichtige Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen; es bestünden dann nur außervertragliche Ansprüche zwischen den Beteiligten (vgl. Palandt/Sprau, § 705 BGB, Rn. 18 m. w. N.). 45

Es kann schon nicht festgestellt werden, dass der vertragsgemäß verfolgte Gesellschaftszweck selbst verboten wäre, nur das würde zur Nichtigkeit nach § 134 BGB führen (vgl. Palandt/Sprau, § 705 BGB, Rn. 17 m. w. N.). Der Senat teilt ferner die Auffassung des Klägers, dass der Verstoß gegen § 57 StBerG hier nicht zur Nichtigkeit nach § 134 BGB führt (vgl. Bl. 1778-1780). Auf die Begründung in der Berufungserwiderung wird Bezug genommen. 46

4. Keine wirksame Kündigung durch das dem Kläger am 10.12.2002 zugestellte Schreiben des Beklagten 47

Die von dem Beklagten gegenüber dem Kläger mit dem durch den Obergerichtsvollzieher N1 am 10. Dezember 2002 zugestellten (undatierten) Schreiben gemäß "§ 725 BGB i.V.m. § 18 Ziffer 2. des Gesellschaftsvertrages der T GbR Dr. U ausgesprochene Kündigung hat die Gesellschafterstellung des Klägers nicht beendet, diese bestand unverändert fort. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die im Wesentlichen zutreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen. 48

Die Berufungsangriffe des Beklagten rechtfertigen kein anderes Ergebnis: 49

a. Keine Anwendung des § 135 HGB 50

Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass dahinstehen kann, ob die Gesellschaft als OHG zu behandeln ist (zur Abgrenzung vgl. Palandt/Sprau, 67. Auflage, § 705 BGB, Rn. 6), weil eine Anwendung der Kündigungsvorschrift des § 135 HGB nicht in Betracht kommt; auf diese Ausführungen wird Bezug genommen. Es fehlt jedenfalls an der tatbestandlichen Voraussetzung des § 135 HGB, dass 6 Monate zuvor ein erfolgloser Zwangsvollstreckungsversuch erfolgt sein muss. 51

Selbst wenn die Vorschrift des § 135 HGB hier anwendbar und im Gesellschaftsvertrag (§ 18 II GV) dahingehend modifiziert worden wäre, dass § 725 BGB anzuwenden wäre, führt das nicht zur Wirksamkeit der Kündigung; dazu gelten die folgenden Ausführungen hier ebenso. 52

b. Keine wirksame Kündigung nach § 725 BGB 53

Der Beklagte hat (nur) eine Kündigung nach § 725 BGB i. V. m. § 18 Ziff. 2 des GV ausgesprochen, die jedoch unwirksam war. 54

Der Kläger hat überzeugend in seinem Schriftsatz vom 02.01.2008 ausgeführt (Bl. 1781 f.), dass die Vorpfändung bereits nicht vom Begriff der Pfändung im Sinne von § 725 I BGB 55

umfasst ist und deshalb - solange die Pfändung nicht tatsächlich erfolgt ist - keine taugliche Grundlage für die Kündigung sein konnte; auch hierauf wird verwiesen (vgl. ergänzend Münchener Kommentar / K. Schmidt, 2. Auflage, § 135 HGB, Rn. 12; Staub/Schäfer, 4. Auflage, § 135 HGB, Rn. 7; Schlegelberger/K. Schmidt, 5. Auflage, § 135 HGB, Rn. 5).

II. Klageantrag zu 4.a. (Feststellung der Unwirksamkeit von Ziff. 12 des vom Beklagten am 10.12.2002 gefassten Gesellschafterbeschlusses [Bl. 69], Beklagter nicht Geschäftsführer der T GbR) 56

Der Klageantrag zu 4.a. ist zulässig und begründet, die Berufung daher auch insoweit erfolglos. 57

Den Beschluss über die Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer hat das Landgericht im Ergebnis zutreffend für unwirksam (korrekt: nichtig, vgl. Palandt/ Sprau, Vorb. § 709 BGB, Rn. 16 und Baumbach/Hopt, 32. Auflage, § 119 HGB, Rn. 31) gehalten und die Feststellung nach dem Klageantrag zu 4.a. zu Recht getroffen. 58

1. Zulässigkeit des Antrages zu 4.a. 59

Der Antrag ist zulässig. 60

a. Richtige Klageart / Rechtsverhältnis 61

Beschlüsse der Gesellschafter sind Rechtsverhältnisse im Sinne des § 256 I ZPO. Die Unwirksamkeit eines Beschlusses ist - mangels anderer Regelungen im Gesellschaftsvertrag - mit der Feststellungsklage gegen den widersprechenden Gesellschafter geltend zu machen (vgl. nur BGH NJW-RR 1992, 227; BGH NJW 1999, 3113, 3115; Münchener Kommentar / Ulmer, 4. Auflage, § 709 BGB, Rn. 113 m. w. N.; Scholz, Beschlussmängelstreitigkeiten im Personengesellschaften, WM 2006, 897 ff.). Diese hat der Kläger hier erhoben. 62

b. Feststellungsinteresse 63

Aus den bereits oben zu Gliederungspunkt I. 1. b. genannten Gründen fehlt auch für den Klageantrag zu 4.a. nicht das Feststellungsinteresse. 64

2. Begründetheit des Feststellungsantrages zu 4.a. 65

Zutreffend geht der Kläger davon aus, dass der Gesellschafterbeschluss nicht wirksam mit der Stimme des Beklagten gefasst worden ist, wobei die nachfolgenden Ausführungen sowohl gelten, wenn die T GbR eine GbR ist als auch wenn sie ein OHG ist. 66

a. Stimmrecht des Beklagten 67

Der Beklagte hätte bereits dann keinen wirksamen Beschluss fassen können, wenn er zuvor in der Gesellschafterversammlung am 10.12.2002 von dem Kläger wirksam aus der T GbR ausgeschlossen worden wäre; das ist allerdings nicht der Fall. 68

Der ursprüngliche Klageantrag zu 2. a., mit dem der Kläger dies feststellen lassen wollte, ist vom Landgericht rechtskräftig abgewiesen worden (vgl. S. 17 UA; keine Berufung/Anschlussberufung des Klägers). Wird eine positive Feststellungsklage abgewiesen, so ist dem Tenor und den Gründen des Urteils zu entnehmen, welches Recht oder Rechtsverhältnis rechtskraftfähig verneint wurde (vgl. nur Zöller/Vollkommer, § 322 ZPO, Rn. 12 m. w. N. zur BGH-Rspr.). Dies ist hier gerade der Ausschluss des Beklagten aus 69

der GbR in der Gesellschafterversammlung am 10.12.2002, wobei zu beachten ist, dass bei der hier vorzunehmenden Umdeutung des Antrages und des Urteilsinhalts der zulässige Ausspruch dahingehend lauten müsste, dass die Gesellschafterstellung (die das festzustellende Rechtsverhältnis darstellt) des Beklagten nicht beendet worden ist.

Würde man den Antrag - im Wege der Auslegung - dahin verstehen, er sei auf die Feststellung des Nichtfortbestehens des Gesellschafterstatus des Beklagten wegen eines wirksamen Ausschlusses in der Gesellschafterversammlung am 10.12.2002 verstehen, also als eine negative Feststellungsklage, so ergibt sich kein anderes Ergebnis. Wird eine negative Feststellungsklage aus Sachgründen abgewiesen, so entspricht die Rechtskraftwirkung derjenigen eines Urteils, das einer umgekehrten positiven Feststellungsklage des Beklagten stattgegeben hätte (vgl. nur Zöller/ Vollkommer, a.a.O., Rn. 11 m. w. N. zur BGH-Rspr.), also das Fortbestehen der Gesellschaftereigenschaft bejaht hätte. 70

Daher ist der Beklagte Gesellschafter geblieben und durfte abstimmen. Ein evtl. Ausschluss nach der Gesellschafterversammlung ist dafür unerheblich. 71

b. Stimmrecht des Klägers 72

Auch dem Kläger stand ein Stimmrecht zu. 73

Ihm wurde vor der Gesellschafterversammlung nicht wirksam nach § 725 BGB gekündigt (s. o.), daher kommt der (ohnehin nur deklaratorischen) Feststellung in Ziff. 11. des Protokolls (Bl. 69) keine Wirkung zu. Ein gesonderter Beschluss über den Ausschluss des Klägers wurde ausweislich des vom Beklagten selbst vorgelegten Protokolls nicht gefasst, der Beklagte hat das auch nicht substantiiert behauptet und unter Beweis gestellt (vgl. insbesondere den Schriftsatz vom 23.11.2006, Bl. 1668 unter Ziff. 3 und Bl. 1694 unten). 74

c. Mängel bei der Abstimmung 75

Der Kläger hätte demnach in der Gesellschafterversammlung mit abstimmen dürfen, die Abstimmung am 10.12.2002 war aber mangelhaft, weil er nicht zugelassen wurde. 76

Nach dem Protokoll des Beklagten über den Ablauf der Gesellschafterversammlung wurde dem Kläger kein uneingeschränktes Stimmrecht gewährt, er musste daher auch nicht unter Vorbehalt mit abstimmen und hat das als angeblich ausgeschlossener Gesellschafter auch nicht getan. Sein Schweigen, wie es der Beklagte behauptet, ist keine Zustimmung. 77

Im Übrigen hat das Landgericht auf der Grundlage der Aussage des Zeugen T2 jedenfalls festgestellt, dass dem Kläger sein Stimmrecht nicht eingeräumt worden ist. An diese Feststellungen ist der Senat nach § 529 I Nr. 2 ZPO gebunden, weil keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an ihrer Vollständigkeit oder Richtigkeit begründen und neue Feststellungen gebieten. 78

Es kommt daher hier nicht darauf an, ob die vom Beklagten in seinem Schriftsatz vom 23.11.2006 (Bl. 1684 ff.) nochmals zusammengefassten Ausschlussgründe vorlagen. 79

Mit der Stimme des Beklagten (50 %) konnte daher der Beschluss, ihn abweichend von § 7 GV zum Geschäftsführer zu bestellen, nicht - mit der nach § 14 GV erforderlichen Mehrheit - wirksam gefasst werden; der Beschluss ist nichtig. 80

III. Klageantrag zu 4.b. (Feststellung der Unwirksamkeit von Ziff. 14 des vom Beklagten am 10.12.2002 gefassten Gesellschafterbeschlusses über die Verlegung des Gesellschaftssitzes nach X [Bl. 69])

Den Beschluss des Beklagten über die Verlegung des Gesellschaftssitzes der T GbR nach X hat das Landgericht ebenfalls im Ergebnis zutreffend für unwirksam (korrekt wäre nichtig) gehalten; insoweit gelten auch hier die Ausführungen zum Klageantrag zu 4.a. Die Berufung ist daher auch insoweit unbegründet. 82

IV. Klageantrag zu 7. (Feststellung der Wirksamkeit des Ausschlusses des Beklagten durch Zustellung des vom Kläger gefertigten Protokolls der Gesellschafterversammlung vom 10.12.02 [Anlage K 13]) 83

Dieser Klageantrag ist - mit der nachfolgenden Maßgabe zu Ziff. 1. a. - zulässig und begründet, das Rechtsmittel des Beklagten also ebenfalls erfolglos. 84

1. Zulässigkeit des Klageantrages zu 7. 85

Der Klageantrag zu 7. ist zulässig. 86

a. Rechtsverhältnis / Antragsfassung 87

Hier wird die Feststellung eines Rechtsverhältnisses begehrt, nämlich das Ende des Gesellschaftsverhältnisses (durch den Ausschluss des Beklagten). Im diesem Sinne hat der Senat den Antrag des Klägers ausgelegt und den Urteilstenor klarstellend formuliert. 88

b. Feststellungsinteresse 89

Das Feststellungsinteresse fehlt dem Kläger entgegen der Ansicht des Beklagten nicht. Es würde bereits oben ausgeführt, dass im Rahmen der Zulässigkeit nicht zu prüfen ist, ob der Kläger ursprünglich wirksam Gesellschafter der T GbR geworden ist, weil es sich insoweit um eine sog. doppelrelevante Tatsache handelt. 90

2. Begründetheit des Klageantrages zu 7. 91

Der Feststellungsantrag ist auch begründet. 92

a. Gesellschafterstellung des Klägers 93

Wie bereits zu den vorherigen Anträgen ausgeführt, war der Kläger Gründungsgesellschafter der T GbR. Er wurde weder durch die Kündigung vom 10.12.2002 noch durch Beschluss in der Gesellschafterversammlung vom selben Tag ausgeschlossen. Damit hatte er die für den Ausschluss des Beklagten notwendige Gesellschafterstellung zum Zeitpunkt der Abfassung und Übersendung des Protokolls über die Gesellschafterversammlung inne. 94

b. Ausschluss des Beklagten durch die Zustellung des vom Kläger verfassten Versammlungsprotokolls (Anlage K 13) 95

Ein wirksamer Ausschluss des Beklagten erfolgte hier durch die Zustellung des vom Kläger verfassten Versammlungsprotokolls. 96

aa. 97

98

Bei einer aus zwei Personen bestehenden GbR erfolgt der Ausschluss, sofern wie hier in § 15 GV eine Fortsetzungs-/Übernahmeklausel vorhanden ist, in entsprechender Anwendung des § 737 BGB (vgl. dazu Münchener Kommentar / Ulmer, § 737 BGB, Rn. 6 und 7 m. w. N.). § 18 I GV enthält hier eine dem entsprechende Regelung.

Bei einer oHG gilt für den Ausschluss eines Gesellschafters die Vorschrift des § 140 HGB, hier ist wegen der Modifizierung gemäß § 18 GV allerdings keine Ausschlussklage erforderlich (vgl. zu dieser Erleichterung der Ausschließung Baumbach/Hopt, § 140 HGB, Rn. 30). 99

bb. 100

Bei der Zustellung des Versammlungsprotokolls handelt es sich einerseits um die notwendige Mitteilung des Gesellschafterbeschlusses über den Ausschluss (dazu Münchener Kommentar / Ulmer, § 737 BGB, Rn. 14). Dies lässt sich dem Übersendungsschreiben des Klägers vom 24.12.2002 (Bl. 177) entnehmen, in dem er ausdrücklich auf die Gesellschafterversammlung vom 10.12.2002 verweist und ausführt, der Beklagte sei "danach" aus der Gesellschaft ausgeschieden. Er bezieht sich also auf den in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschluss, der wiederum den Klageantrag 2. a. betraf und vom Landgericht rechtskräftig abgewiesen worden ist. Wie oben zu Gliederungspunkt II. 2. a. ausgeführt steht die Rechtskraft dieser Entscheidung der Feststellung entgegen, der Beklagte sei durch den Beschluss ausgeschlossen worden und der Beklagte sei nicht mehr Mitgesellschafter der Gesellschaft. 101

Der Kläger berücksichtigt das und vertritt zutreffend - ebenso wie das Landgericht - die Auffassung, der Beklagte sei durch einseitige Gestaltungserklärung gegenüber dem Beklagten, die in der Übersendung des Gesellschafterbeschlusses liege, ausgeschlossen worden. Diese Auffassung beruht darauf, dass bei zweigliedrigen Gesellschaften vertreten wird, es bestehe ein Übernahmerecht analog § 140 I 2 HGB, wenn in der Person eines Gesellschafters ein Ausschließungsgrund (§ 737 S. 1 BGB) vorliegt und der Gesellschaftsvertrag eine Übernahmevereinbarung enthält (vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 2006, 405 und Urte. v. 10.01.2007, 19 U 216/05, veröffentlicht in BeckRS 2007; OLG Hamm (27. Zivilsenat), NJW-RR 2000, 482; Palandt/Sprau § 737 BGB, Rn. 1). Es ist durch Erklärung gegenüber dem anderen Gesellschafter auszuüben, ein Gesellschafterbeschluss ist hierzu nicht erforderlich, auch wenn der Gesellschaftsvertrag das hier in § 18 I vorsieht (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2000, 482; Palandt/Sprau, § 737 BGB, Rn. 1; Münchener Kommentar / Ulmer, § 737 BGB, Rn. 6 und Fußnote 22). 102

Der Kläger hat eine entsprechende zusätzliche Gestaltungserklärung abgegeben und sich nicht nur auf den vorher in der Gesellschafterversammlung gefassten Beschluss bezogen und diesen dem Beklagten übersandt. Aus der maßgeblichen objektiven Sicht des Empfängers - hier also des Beklagten - war die Erklärung des Klägers eindeutig darauf gerichtet, ihn in jedem Fall auszuschließen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts und des Klägers verwiesen. 103

Der Ausschließungsbeschluss ist mit dessen Zugang am 30.12.2002 wirksam geworden. Den Zugang hat der Kläger bereits erstinstanzlich dargelegt (Schriftsatz vom 21.09.2005, Bl. 1220) und mit dem Einlieferungsbeleg und Rückschein belegt (Anlage K 127, Bl. 1234-1236). Der Beklagte hat den Zugang erstinstanzlich nicht bestritten. Soweit er diesen in zweiter Instanz bestreiten will (vgl. Schriftsatz vom 23.11.2006, Bl. 1689), ist diese Behauptung neu und nicht zuzulassen, weil kein Fall des § 531 II ZPO vorliegt und glaubhaft gemacht ist. 104

cc.

Sollte die T GbR eine OHG sein, so ergibt sich dasselbe Ergebnis:	106
Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt (S. 19 f. UA), dass angesichts der gesellschaftsvertraglichen Regelungen keine Ausschließungsklage nach der nicht zwingenden Vorschrift des § 140 HGB zu erheben ist, sondern eine einseitige Gestaltungserklärung (ergänzend: oder ein Beschluss) genügt. Daher gelten die vorstehenden Ausführungen hier entsprechend (vgl. dazu auch Koller/Roth/Morck, 5. Auflage, § 140 HGB, Rn. 6 m. w. N.).	107
dd.	108
Zutreffend hat das Landgericht auch einen wichtigen Grund für den Ausschluss des Beklagten bejaht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf diese Ausführungen Bezug genommen (S. 20 ff. UA). Die Berufungsangriffe rechtfertigen keine abweichende Beurteilung, darauf hat auch der Kläger in seinem Schriftsatz vom 02.01.2008 zum Teil zutreffend hingewiesen (vgl. Bl. 1754 ff., 1762 ff.).	109
(1)	110
Die pflichtwidrige Umbuchung von 260.000 € stellt eine grobe Pflichtverletzung des Beklagten dar, die den Kläger zu dessen Ausschluss aus wichtigem Grund berechtigte (S. 20-23 UA).	111
(2)	112
Zutreffend hat das Landgericht im Rahmen einer Gesamtwürdigung des beiderseitigen Verhaltens begründet, dass das Verhalten des Klägers dem Ausschluss des Beklagten nicht entgegensteht, weil eine überwiegende Verursachung der Zerrüttung des Verhältnisses der Parteien durch den Beklagten festzustellen ist (vgl. dazu BGH NJW 2005, 3061; NZG 2003, 625 = DStR 2003, 1215, 1216 m.w. Nachw.).	113
(a)	114
Zusammenfassend geht es insbesondere um folgende Vorwürfe des Beklagten gegenüber dem Kläger:	115
• Verspätete Zahlung der beiden Teilbeträge (400.000 DM und 637.500,00 DM) aus der notariellen Urkunde vom 21.6.2001 (insgesamt 1.037.500,00 DM);	116
• Unterlassung von Zuzahlungen an gemeinsame Gesellschaften der Parteien zum Ausgleich von Unterdeckung (99.640,00 €);	117
• Weigerung des Klägers als Alleingesellschafter und -Geschäftsführer der C GmbH, ausgeurteilte Werklohnansprüche und Darlehen der Dr. y bezahlen (insgesamt rd. 2,9 Mio €);	118
• Kündigung von Darlehen der Dr. y, die durch N KG, D GbR und die Deutsche Bank gewährt worden waren, durch den Kläger als Geschäftsführer (rd. 1 Mio. €);	119
• Kläger führte Gesellschafterdarlehen (sein eigenes, das seiner Ehefrau und des Mitgesellschafter N2) der Grundstücksgesellschaften "X1-Straße GbR" und L-Straße. GbR" zurück, aber nicht die Darlehen des Beklagten und dessen Ehefrau;	120

• wiederholte Androhung des Klägers, den Beklagten bzw. seine Gesellschaften wirtschaftlich zu vernichten;	121
• steuerliche Unregelmäßigkeiten, die der Kläger als Steuerberater und Gesellschafter-Geschäftsführer zu verantworten habe, insbesondere verspätete Einreichung von Steuererklärungen beim Finanzamt und überhöhte Steuerberaterrechnungen;	122
• berufs- und aufsichtsrechtliche Verfahren sowie Strafverfahren gegen den Kläger.	123
(b)	124
Die umfassende Gesamtwürdigung, die nur bei einer überwiegenden Verursachung des Zerwürfnisses durch den auszuschließenden Gesellschafter die Ausschließung rechtfertigt, hat das Landgericht überzeugend auf S. 24 ff. UA vorgenommen; auf diese Ausführungen wird verwiesen. Die Vorwürfe des Beklagten gegenüber dem Kläger sind weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit geeignet, eine dem Verursachungsbeitrag des Beklagten gleichgewichtige Verursachung der Zerrüttung durch den Kläger anzunehmen. Auch die Berufungsangriffe führen zu keiner abweichenden Beurteilung.	125
<u>(aa) Verspätete Steuererklärungen, überhöhte Steuerberater-Rechnungen, Verstoß gegen das StBG, berufs- und aufsichtsrechtliche rechtliche Verfahren vor der Steuerberaterkammer, fehlerhafte Steuerberaterleistungen, Leerstände von Immobilien</u>	126
Der Beklagte trägt in zweiter Instanz keine anderen als die bereits vom Landgericht gewürdigten Gesichtspunkte vor.	127
<u>(bb) Ungleichbehandlung bei Zurückführung von Gesellschafterdarlehen</u>	128
Ergänzend zu den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil ist für die (hier geringere) Gewichtung gegenüber dem Verschulden des Beklagten entscheidend, dass es nicht um Verhaltenswiesen betreffend die T GbR geht, sondern um andere Rechtsbeziehungen, und jeder für seine Verbindlichkeiten selbst einzustehen hat, auch wenn der andere – z. B. als Gesamtschuldner - mithaften sollte. Ferner verweist der Senat auf die zutreffenden Ausführungen des Klägers in seinem Schriftsatz vom 02.01.2008 (Bl. 1758-1760 zu e. und f.).	129
<u>(cc) Außenhaftung, finanzielle Abhängigkeit</u>	130
Der Beklagte trägt in zweiter Instanz keine anderen als die bereits vom Landgericht gewürdigten Gesichtspunkte vor.	131
<u>(dd) Verhinderung des Bedingungseintritts aus der Auseinandersetzungsvereinbarung vom 21.06.2001</u>	132
Gleiches gilt hinsichtlich der Vorwürfe des Beklagten, der Kläger habe den Bedingungseintritts aus der Auseinandersetzungsvereinbarung vom 21.06.2001 verhindert. Auch der Kläger hat im Wesentlichen zutreffend ausgeführt, dass insoweit jedenfalls kein annähernd dem Verschulden des Beklagten gleichgewichtiger Vorgang vorliegt.	133
<u>(ee) Prozessbetrug</u>	134
	135

Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass angebliche wiederholte Prozessbetrügereien nach dem Ausschluss liegen und deshalb in die Gesamtwürdigung nicht einzubeziehen sind.

(ff) Strafverfahren und Verurteilung des Klägers wegen Steuerhinterziehung zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 9 Monaten zur Bewährung 136

Der Beklagte hat sein Vorbringen in 2. Instanz zwar weitergehend konkretisiert, insbesondere mit der Vorlage der Anklageschrift vom 25.08.2005 (Anlage B 83). Allerdings ist zu beachten, dass der Kläger danach (S. 10) als Geschäftsführer der C GmbH bis zum 31.08.2003 eine Fristverlängerung für die Umsatzsteuererklärung für das Jahr 2001 erhielt; strafrechtlich relevant wurde sein Verhalten erst danach, zuvor kann auch nach dem Vorbringen des Beklagten jedenfalls Vorsatz nicht festgestellt werden. Damit lag aber zum hier maßgeblichen Zeitpunkt noch keine schuldhafte, in die Gesamtabwägung einzubeziehende Pflichtwidrigkeit vor. 137

Für das vorgenannte Strafverfahren und das Strafverfahren gemäß Anklageschrift vom 01.07.2005 (Anlage B 85) kommt hinzu, dass der Beklagte nicht einmal schlüssig darlegt, dass ihm ein Schaden entstanden ist. Dieser entsteht nicht dadurch, dass geschuldete Steuern nachgezahlt werden mussten. 138

(gg) "Vernichtungsfeldzug" des Klägers gegen den Beklagten 139

Das Landgericht hat den vom Beklagten behaupteten "Vernichtungsfeldzug" des Klägers gegen ihn nicht feststellen können. Der Senat ist an diese Feststellungen nach § 529 I Nr. 1 ZPO gebunden, weil keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an der Vollständigkeit oder Richtigkeit begründen. Das führt der Kläger zutreffend in seinem Schriftsatz vom 02.01.2008 aus (Bl. 1754 f. unter Ziff. 1.); darauf wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Der Beklagte setzt im übrigen zum Teil eine eigene Würdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts, ohne allerdings konkrete Anhaltspunkte aufzuzeigen, die Zweifel an der Vollständigkeit oder Richtigkeit der Feststellungen begründen. 140

V. Klageantrag zu 5.a. (Rechenschaftslegung über die Einnahmen und Ausgaben der T GbR einschließlich des S 141

Der Beklagte hat mit seiner Berufung Erfolg, soweit das Landgericht ihn zur Rechenschaftslegung gemäß dem Klageantrag zu 5.a. verurteilt hat. 142

Der Anspruch auf Rechenschaft über die Einnahmen und Ausgaben aus §§ 713, 666, 259 BGB, jedenfalls aber - sofern eine Partei ausgeschieden und die Gesellschaft aufgelöst sein sollte - aus §§ 721 I, 730, 259 BGB (vgl. nur Münchener Kommentar / Ulmer, § 713 BGB, Rn. 8 und 10) oder aus § 242 BGB (diese Anspruchsgrundlagen gelten auch für die oHG, vgl. Baumbach/Hopt, § 114 HGB, Rn. 14 und § 118 HGB, Rn. 12; Koller/Roth/Morck, § 114 HGB, Rn. 1 a. E. und 7) ist jedenfalls durch Erfüllung erloschen (§ 362 BGB). Der Beklagte stützt seine Rechtsverteidigung auf diese - bereits im Vollstreckungsverfahren und im Rahmen der sofortigen Beschwerde erhobene - Einwendung; dies hat er im Senatstermin am 13.02.2008 ausdrücklich klargestellt. Der Erfüllungseinwand ist auch hier zu berücksichtigen (vgl. Zöller/Stöber, § 888 ZPO, Rn. 11 m. w. N.) und führt zum Erlöschen des Anspruchs auf Rechenschaftslegung. Zur Begründung wird Bezug genommen auf den Senatsbeschluss vom 30.04.2008, Aktenzeichen 8 W 44/07 (vgl. Beschwerde-Sonderband Bl. 114 ff.). 143

VI. Widerklageanträge zu 1. und 2. (Feststellung, dass der Kläger nie Gesellschafter und Geschäftsführer der T GbR geworden ist)

Der Widerklage ist unbegründet, soweit der Beklagte die Feststellung begehrt, dass der Kläger nie Gesellschafter und Geschäftsführer der T GbR geworden ist. 145

Es wurde bereits zum Klageantrag zu 1. ausgeführt, dass der Beitritt des Klägers zur T GbR nicht gem. §§ 57 StBerG, 134 BGB unwirksam war. 146

VII. Hilfs-Widerklageantrag (Feststellung der Nichtigkeit, hilfsweise Unwirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses vom 22.04.2004 über den Ausschluss des Beklagten) 147

Der mit der Hilfswiderklage gestellte Antrag ist nicht zu bescheiden, weil der Beklagte wie oben ausgeführt - bereits zuvor mit Zugang des Protokolls über die Gesellschafterversammlung vom 10.12.2002 wirksam als Gesellschafter der T GbR ausgeschlossen worden ist. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagte hat das im Senatstermin am 03.11.2008 ausdrücklich klargestellt (Bl. 2052). 148

VIII. Prozessuale Nebenentscheidungen 149

1. 150

Die Entscheidungen über die Kosten und die vorläufige Vollstreckbarkeit beruhen auf §§ 92 II Nr. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 151

2. 152

Bei der Festsetzung des Streitwertes nach §§ 39 I, 44, 45 I GKG ist der Senat von folgenden Einzelwerten - orientiert an der erstinstanzlichen Festsetzung - ausgegangen: 153

<i>Klage:</i>		154
• Klageantrag zu 1.	70.000 €	
• Klageantrag zu 4.a.	25.000 €	
• Klageantrag zu 4.b.	1.000 €	
• Klageantrag zu 7.	70.000 €	
• Klageantrag zu 5.a.	10.000 €	
<i>Widerklage:</i>	70.000 €	
<i>Gesamtsumme:</i>	246.000,00 €	

3.

Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision gem. § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. 156
Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat auf der Grundlage vertretener und anerkannter Auffassung in der Rechtsprechung, insbesondere des Bundesgerichtshofs, und der Literatur getroffen hat. Darauf hat auch der Kläger in seinem Schriftsatz vom 09.01.2009 zutreffend hingewiesen.

157