
Datum: 18.06.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 42/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0618.8U42.12.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 10 O 200/11

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 11. Januar 2012 verkündete Urteil des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert. Den Beklagten wird aufgegeben, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage in der Hauptsache den Kläger ungeachtet des in der Gesellschafterversammlung der Y & Sohn GmbH & Co. N KG am 24. November 2011 gefassten Beschlusses über die Ausschließung des Klägers aus dieser Gesellschaft als Gesellschafter eben dieser Kommanditgesellschaft zu behandeln. Im weitergehenden Umfang wird die Berufung zurückgewiesen. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger $\frac{1}{4}$ und die Beklagten $\frac{3}{4}$. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

1

A.

2

Der Verfügungskläger (im Folgenden nur: Kläger) war und ist gegebenenfalls noch (hierüber streiten die Parteien) Kommanditist der Y & Sohn GmbH und Co. N KG (im Folgenden: N KG) mit einer Kommanditeinlage von 900.000,- DM. Weiterer Kommanditist und Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Verfügungsbeklagten zu 1) ist der Verfügungsbeklagte zu 3). Komplementäre sind die Verfügungsbeklagte zu 1) und der

3

Verfügungsbeklagte zu 2) (im Folgenden jeweils nur: Beklagte). Der Beklagte zu 3) ist zu einer Hafteinlage von 50.000,- DM, der Beklagte zu 2) zu einer Einlage von DM 40.000,- verpflichtet. In Abweichung der sich hieraus in rechnerischer Hinsicht ergebenden Höhe der Anteile der Gesellschafter bestimmt der Gesellschaftsvertrag (§ 6 Nr. 3), dass der Beklagte zu 2) und der Kläger zu je 900.000,- DM und der Beklagte zu 3) zu 50.000,- DM am Gesellschaftsvermögen beteiligt sind.

Ihrem Gesellschaftszweck entsprechend erwarb die N KG ein Betriebsgrundstück und errichtete hierauf eine LKW-Werkstatt. Zur Finanzierung des Grundstücks nahm die N KG zwei Darlehen in Höhe von insgesamt 800.000,- DM auf. Der Kläger nahm persönlich ebenfalls zwei Darlehen in Höhe von insgesamt 800.000,- DM auf, wobei er den Darlehensbetrag als Zahlung von 8/9 auf seine Kommanditeinlage der Gesellschaft zur Verfügung stellte. Die übrigen 100.000,- DM leistete er (von den Beklagten in zweiter Instanz bestritten) zusätzlich. Beide Darlehen wurden durch eine Grundsschuld in Höhe von 2,5 Millionen DM auf das Betriebsgrundstück gesichert. Die N KG zahlte von Februar 1997 bis Juli 2004 an den Kläger monatlich einen Betrag von 3.067,75 € aus, die der Kläger zur Erfüllung der Zins- und Tilgungsleistungen aus den beiden oben erwähnten Darlehen verwandte. Ab August 2004 erfolgten keine Zahlungen mehr von Seiten der N KG.

Der Kläger beehrte in der Folgezeit gerichtlich erfolglos die Erstattung der Zins- und Tilgungsleistungen als Aufwendungen für die Gesellschaft. Weitere Zivilstreitigkeiten wurden geführt zur Erreichung einer Pflicht der Gesellschaft zur Finanzierung seiner Zins- und Tilgungsleistungen und um die Jahresabschlüsse der Gesellschaft, die seit 2003 jedes Jahr vom Verfügungskläger angegriffen wurden. Es gab unter den Beteiligten wechselseitige Strafanzeigen. Der Kläger erstattete gegen den Beklagten zu 3) Strafanzeige wegen Veruntreuung von Vermögenswerten der Gesellschaft (Anl. 6), wobei das Verfahren allerdings mit einem Freispruch endete.

Mit Einladung vom 08.11.2011 (Anl. 7) wurden die Gesellschafter zur Gesellschafterversammlung zum 24.11.2011 eingeladen. Angesetzt wurden u.a. folgende Tagesordnungspunkte:

"TOP 2 Beschluss über die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen in Höhe von maximal 50.000,- € (s. Anlage)

TOP 3 Beschluss über die Finanzierung der Sanierungsmaßnahme

TOP 4 Ausschluss des Kommanditisten A aus der Gesellschaft aus wichtigem Grund gemäß § 19 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages (...)", nämlich

- weil dieser seine Einlage nicht, jedenfalls aber nicht vollständig geleistet habe,
- weil er wider besseres Wissen, zumindest aber leichtfertig Strafverfahren gegen Mitgesellschafter initiiert habe und
- er durch das Betreiben von Straf- und Zivilverfahren das grundlegende Vertrauensverhältnis innerhalb der Gesellschaft zerstört habe.

§ 19 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages (Anl. 1) sieht vor, dass ein Gesellschafter durch Beschluss der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen werden kann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Einzelne wichtige Gründe sind aufgeführt. Hierauf wird Bezug genommen.

Am 24.11.2011 beschloss die Gesellschafterversammlung (gemäß Protokoll Anl. B 8) zu TOP 3, dass die geschäftsführenden Komplementäre ermächtigt würden, die Kosten der Sanierungsmaßnahmen - insbesondere durch Inanspruchnahme des Kontokorrentkredites der Gesellschaft - zu finanzieren, jedoch nur bis zur Höhe der Angebote zzgl. 20%. Der Beschluss erging mit einfacher Mehrheit, ohne Zustimmung des Klägers. Zu TOP 4 wurde beschlossen, dass der Kläger wegen vermeintlich nicht wirksamer Leistung der Einlage, wegen willkürlicher Initiierung von Strafverfahren sowie wegen grundlegender Zerstörung des Vertrauensverhältnisses ausgeschlossen werde. 15

Mit Verfügungsantrag vom 29.11.2011 beim Landgericht Mühlhausen hat der Verfügungskläger die Untersagung der Vollziehung der Beschlüsse zu TOP 3 und 4 beantragt. Durch Klage vom 24.11.2011 vor dem Landgericht Dortmund haben umgekehrt die Beklagten den Kläger auf Feststellung der Wirksamkeit des Beschlusses zu TOP 4 in Anspruch genommen. Mit Gerichtsstandsvereinbarung im Verfügungsverfahren vor dem Landgericht Mühlhausen vom 21.12.2011 haben die Parteien eine ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts Dortmund für Rechtsstreitigkeiten betreffend sämtliche Beschlüsse der N KG in der Gesellschafterversammlung vom 24.11.2011 unter Verzicht auf die Ausführung des Beschlusses zu TOP 3 (Finanzierung von Sanierungsmaßnahmen) bis zur Entscheidung über die einstweilige Verfügung vereinbart. Den vorliegenden Verfügungsantrag hinsichtlich der Untersagung der Vollziehung des Beschlusses zu TOP 3 hat der Verfügungskläger mit Schriftsatz vom 22.12.2011 zurückgenommen. Das Landgericht Mühlhausen hat den Rechtsstreit bezüglich des noch rechtshängigen Antrags zu TOP 4 an das Landgericht Dortmund wegen der dort anhängigen Hauptsache verwiesen. 16

Mit Schriftsatz vom 06.01.2011 hat der Kläger den Antrag zu Ziff. 2) wieder aufgegriffen und erneut geltend gemacht. 17

Nach Einladung vom 09.02.2012 (Anl. BE 2) wurde im Rahmen einer Gesellschafterversammlung vom 02.03.2010 (Anl. B 34) der Ausschlussbeschluss der Gesellschafterversammlung vom 24.11.2011 bestätigt. Zudem wurde der Kläger im Hinblick auf eine vermeintliche vollständige Nichtleistung seiner Einlage und den nachgeschobenen Grund einer Verletzung seiner beruflichen Verschwiegenheitspflichten erneut aus der N KG ausgeschlossen. Der Kläger hat hiergegen wiederum auch beim Landgericht Dortmund unter dem 30.03.2010 den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt (Anl. 33). 18

Der Kläger hat gemeint, dass die streitgegenständlichen Beschlüsse nicht wirksam seien. Die Beschlussfassung zu TOP 3 habe er nicht ausreichend vorbereiten können. Die notwendigen Informationen zur Liquidität der Gesellschaft habe er nicht zur Verfügung gehabt. Die Beschlussfassung zu TOP 4 entbehre jeglicher Grundlage, da weder ein vertraglicher noch ein gesetzlicher Ausschlussgrund gegeben sei. Die begehrte Anordnung sei eilbedürftig, insbesondere weil im Falle des Nichterlasses der einstweiligen Verfügung irreversible Fakten geschaffen würden (so im Hinblick auf die Jahresabschlüsse und eine Darlehensaufnahme), die nicht erst im Wege eines Sekundärrechtsschutzes wieder repariert werden könnten. 19

Der Kläger hat die Untersagung der Vollziehung der Gesellschafterbeschlüsse begehrt, und zwar 20

- 1. in Bezug auf seinen Ausschluss aus der Gesellschaft, und 21
- 2. in Bezug auf die Finanzierung der Sanierungsmaßnahme. 23

Die Beklagten sind der Klage entgegengetreten. 24

Sie haben einen Verfügungsgrund und einen Verfügungsanspruch in Abrede gestellt. Eine 25
Untersagung der Vollziehung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes würde der
Regelung im Gesellschaftervertrag, dass die Ausschließung sofort wirksam sei,
zuwiderlaufen. Gegen die Vollziehung des Beschlusses könne der Kläger lediglich im Wege
des Hauptsacheverfahrens vorgehen. Ein Anspruch bestehe nicht. Der Kläger habe seine
Einlageleistungen fremdfinanziert und die Darlehens- und Tilgungsleistungen ohne
Rechtsgrundlage dem Gesellschaftsvermögen entnommen. Im Übrigen habe er seine
Strafanzeige auf völlig haltlose Vorwürfe gestützt und hierdurch das Vertrauensverhältnis
innerhalb der Gesellschaft grundlegend zerstört.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands und der Anträge der Parteien 26
in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 3 bis 7) Bezug
genommen.

Das Landgericht hat den Antrag des Klägers auf Verfügungserlass zurückgewiesen und zur 27
Begründung ausgeführt: Bezogen auf den Antrag zu 1) fehle es bei Vornahme einer
folgenorientierten Interessenabwägung an einem Verfügungsgrund. Die Rechtslage in der
Sache sei nicht eindeutig. Die Berechtigung des Verfügungsanspruchs lasse sich im
eingeschränkten Erkenntnisverfahren nicht eindeutig zugunsten des Klägers feststellen.
Überdies habe dieser nicht darlegen können, warum ihn der Nichterlass der einstweiligen
Verfügung in eine wirtschaftliche Notlage derart versetzen würde, dass eine Vorwegnahme
der Hauptsache erforderlich sei. Dass konkret zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte im
Sinne des § 9 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages, wie beispielsweise ein Grundstücksverkauf,
unmittelbar zur Entscheidung anstünden, sei nicht vorgetragen. Daher müsse sich der Kläger
als betroffener Gesellschafter zunächst auf Schadensersatzansprüche verweisen lassen. Im
summarischen Verfahren sei die Wirksamkeit der Einlagenzahlung nicht abschließend
beurteilbar. Dem Verfügungsanspruch zu Ziffer 2) stehe entgegen, dass entweder der
Beschluss auch ohne Zustimmung des Verfügungsklägers mit einfacher Mehrheit
beschlossen oder aber gänzlich ohne Gesellschafterbeschluss hätte vollzogen werden
dürfen. Es handele sich insoweit um Maßnahmen der Geschäftsführung und nicht um einen
zustimmungspflichtigen Posten, wodurch eine Verletzung von Gesellschafterrechten bereits
ausscheide. Des Weiteren fehle es auch hier an einem Verfügungsgrund. Es sei nicht
ausreichend dargelegt, inwieweit der Kläger durch die Vollziehung des Beschlusses in eine
wirtschaftliche Notlage gerate. An eine eventuelle Zurückstellung von notwendigen
Sanierungsmaßnahmen knüpften wesentlich höhere Auswirkungen (Ausfall von Pachtzins
usw.) an als an deren Durchführung oder Finanzierung.

Der Kläger greift das Urteil mit seiner Berufung an. 28

Er beanstandet, dass das Landgericht überzogene Anforderungen an den Erlass der 29
begehrten einstweiligen Verfügung gestellt habe. Das Landgericht liege im Ansatz falsch,
wenn es von dem Vorliegen einer Leistungs- oder jedenfalls Regelungsverfügung
ausgegangen sei. Da es sich um die Beschlussfassung einer KG handele und auch der
Gesellschaftsvertrag eine vorläufige Wirksamkeit von Beschlüssen nicht vorsehe und da
umfangreich dazu vorgetragen worden sei, dass der Ausschließungsbeschluss unwirksam
sei, wolle er durch den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung lediglich im Sinne einer
Sicherungsverfügung seine aktuell noch bestehenden Gesellschafterrechte (den status quo)
sichern. Alsdann seien darlegungs- und beweisbelastet für das Vorliegen eines wichtigen, die
Ausschließung rechtfertigenden Grundes die Beklagten. Bereits eine Nichtaufklärung der
Frage, ob ein wichtiger Grund gegeben sei, müsse zur Annahme eines Verfügungsanspruchs

führen. Ein Verfügungsgrund liege nach § 935 ZPO bereits dann vor, wenn durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung seines Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden könne. Das sei der Fall. Er, der Kläger, sei Minderheitsgesellschafter. Bereits in der Vergangenheit habe sich gezeigt, dass die Gesellschafter der KG aus dem Y-Lager mehrfach das strukturelle Ungleichgewicht zu seinen Lasten ausgenutzt hätten. So sei zu Lasten der KG nicht die geschuldete Umsatz- und Indexpacht eingefordert worden. Die KG sei mit Kosten belastet worden, die eigentlich andere Y-Gesellschaften zu tragen gehabt hätten. Auch stelle eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der KG während der Dauer des Hauptsacheverfahrens für ihn eine erhebliche Gefahr dar, da er im Hinblick auf die erfolgte Fremdfinanzierung zur Erbringung seiner Kommanditeinlage bei einer wirtschaftlichen Schieflage der Gesellschaft Gesellschaftsgläubigern in Höhe der zurück erhaltenen Einlage unmittelbar haften würde. Die Herbeiführung einer wirtschaftlichen Notlage könne durchaus im Interesse der Beklagten sein. Der Beklagte zu 3) betreibe im nahegelegenen Z bereits eine Konkurrenzwerkstatt. Demgegenüber sei von den Beklagten nicht vortragen, weshalb ein überwiegendes Interesse am Nichterlass der einstweiligen Verfügung bestehe.

Auch mit dem Antrag zu 2) begehre er lediglich die Aufrechterhaltung und Sicherung des status quo. Im Rahmen des Verfügungsanspruchs gehe der Mangel an Aufklärbarkeit nicht zu seinen Lasten. Der Kläger verweist insoweit auf seinen früheren Vortrag und führt hierzu im Rahmen der Berufungsbegründung ergänzend aus. Hierauf wird Bezug genommen. 30

Der Kläger beantragt, 31

es den Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung zu untersagen, 1. bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsacheklage den in der Gesellschafterversammlung der Y & Sohn GmbH & Co. N KG gefassten Beschluss, wonach der Kläger aus der Gesellschaft ausgeschlossen sein soll, zu vollziehen. Die Beklagten haben den Kläger somit bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsacheklage als Gesellschafter der Y & Sohn GmbH & Co. N KG zu behandeln, 2. den in der Gesellschafterversammlung der Y & Sohn GmbH & Co. N KG am 24.11.2011 zu TOP 3 gefassten Beschluss, wonach die Geschäftsführung der Y & Sohn GmbH & Co. N KG ermächtigt sein soll, für die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen eine Finanzierung zu vereinbaren, bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsacheklage, die der Kläger binnen vier Wochen zu erheben hat, zu vollziehen. 32

Die Beklagten beantragen, 33

die Berufung zurückzuweisen. 34

Sie verteidigen das Urteil mit näheren Ausführungen. 35

In Bezug auf einen Verfügungsgrund könne die vom Kläger gewünschte Absenkung der hieran zu stellenden Anforderungen nicht maßstäblich sein. Erforderlich sei vielmehr, dass durch den Vollzug des Beschlusses wesentliche, nicht mehr korrigierbare Nachteile entstehen würden. Der Verfügungsgrund könne auch keineswegs aus dem angeblichen Verfügungsanspruch hergeleitet werden. Dem Kläger drohten ohne den Erlass einer einstweiligen Verfügung keine, erst recht keine wesentlichen Nachteile. Die Rechte des Klägers als Ausgeschlossenem würden durch die Möglichkeit einer Überprüfung im Hauptsacheverfahren hinreichend gewahrt. Konkrete Gefahren zu Lasten des Klägers seien unter den Gesichtspunkten einer Pachterhöhung, einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage, dem Betrieb einer vermeintlichen Konkurrenzwerkstatt, der Möglichkeit einer kalkulierten Insolvenz und der weiteren gerichtlichen Verfahren nicht begründet. Ihnen, den 36

Beklagten, würden demgegenüber gravierende Nachteile durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung dadurch entstehen, dass der Kläger Gewinnverwendungsbeschlüsse und Beschlussfassungen über zustimmungspflichtige Geschäfte blockieren könne und würde. Zudem fehle der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche Verfügungsanspruch, denn der Kläger sei wirksam aus der KG ausgeschlossen worden. Der Kläger irre über die Beweislastverteilung. Er habe den von ihm behaupteten Ausschlussgrund, d.h. das Fehlen eines Ausschlussgrundes, glaubhaft zu machen. Der Kläger habe seine Einlagepflicht nicht erfüllt, gegen den Beklagten zu 3) wider besseres Wissen, zumindest aber leichtfertig, Strafanzeige erstattet und unbegründete zivilrechtliche Ansprüche in rechtsmissbräuchlicher und schikanöser Weise geltend gemacht, ferner im Juni 2005 gegenüber Herrn X von P eine drohende Zahlungsunfähigkeit der Y-Gruppe geltend gemacht.

Für den Verfügungsantrag zu 2) gelte nichts Abweichendes. Ein dem Kläger drohender Nachteil sei nicht dargelegt. Auch bestehe kein Verfügungsanspruch. Es sei keinesfalls rechts- oder pflichtwidrig, einen bestehenden Kontokorrentkredit trotz angeblich freier Liquidität in Anspruch zu nehmen. Hinzu komme, dass die Finanzierungsentscheidung der Geschäftsführung, allenfalls aber der Gesellschafterversammlung obliege, die hierüber durch Mehrheitsbeschluss zu entscheiden habe. 37

B. 38

Die zulässige Berufung des Klägers ist teilweise begründet. Er kann im Wege der einstweiligen Verfügung von den Beklagten nach dem Antrag zu 1) die Unterlassung der „Vollziehung“ des angegriffenen Ausschlussbeschlusses vom 24.11.2011 verlangen. Sein Verfügungsantrag, zu 2, in Bezug auf die begehrte Unterlassung einer Finanzierung der beabsichtigten Sanierungsmaßnahmen ist demgegenüber unbegründet. 39

I. Antrag zu 1): „Vollziehung“ des Beschlusses über die Ausschlussung des Klägers 40

1. Antragsbegehren 41

Der Kläger ist durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 24.11.2011 aus der N KG ausgeschlossen worden. Nach der gesetzlichen Regelung des § 140 Abs. 1 HGB erfolgt ein solcher Ausschluss des Gesellschafters zwar grundsätzlich durch gerichtliche Entscheidung. Indes kann der Gesellschaftsvertrag abweichend von dieser dispositiven Norm bestimmen, dass die Ausschlussung eines Gesellschafters bei Vorliegen eines wichtigen Grundes in seiner Person durch Gesellschafterbeschluss ausgesprochen wird. Die Ausschlussung wird dann, sofern im Gesellschaftsvertrag nicht anders geregelt, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem die beschlossene Ausschlussung dem betroffenen Gesellschafter mitgeteilt wird (BGHZ 31, 295; ZIP 2005, 1322; Baumbach-Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 140 Rn. 30). Entsprechend gestaltet sich die Regelung in § 19 Ziff. 3 des hier maßgeblichen Gesellschaftsvertrags, wonach zudem potentielle wichtige Gründe in einer Art von Regelbeispielen näher konkretisiert sind. 42

Soweit der Kläger die Nichtvollziehung des Beschlusses beantragt hat, ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Ausschlussung um einen Gestaltungsakt hat, der selbst nicht der Vollziehung bedarf. Insofern ist der Verfügungsantrag, wie im Senatstermin auch klargestellt worden ist, dahin zu verstehen, dass aus dem Ausschlussbeschluss einstweilen keine Konsequenzen gezogen werden sollen und der Kläger weiterhin als Gesellschafter behandelt werden soll. Seine Gesellschafterrechte sollen dem Kläger eingeräumt bleiben. Ihre Ausübung soll geduldet werden, bis über die Rechtmäßigkeit des 43

Ausschließungsbeschlusses rechtskräftig entschieden ist. Über die materielle Rechtslage und die endgültige Wirksamkeit des Beschlusses soll im Rahmen des Verfügungsverfahrens keine verbindliche und vorweggenommene Klärung herbeigeführt werden.

Einstweiliger Rechtsschutz auf der Vollzugsebene anfechtbarer oder (hier gegebenenfalls) nichtiger Gesellschafterbeschlüsse wird in diesem Zusammenhang im Allgemeinen als zulässig angesehen (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 14.03.2000, 27 U 102/99, NJW?RR 2001, 105, zur Einziehung eines GmbH-Anteils), wobei dies ebenfalls für die Beschlussfassung einer Personengesellschaft gilt. 44

Der Verfügungsantrag stellt sich hiervon ausgehend als hinreichend bestimmt dar i.S.v. § 253 Abs. 2 ZPO. 45

2. Verfügungsanspruch 46

Der Verfügungsanspruch, gerichtet auf die (vorläufige) Beibehaltung des Gesellschafterstatus des Klägers, ist gegeben. Bei summarischer Beurteilung ist davon auszugehen, dass der Kläger durch den Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 24.11.2011 nicht wirksam ausgeschlossen worden ist und der Beschluss insoweit nichtig sein dürfte. 47

Voraussetzung für einen wirksamen Ausschluss des Klägers wäre das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.v. § 19 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrages. Eine Ausschließung ist insofern dann zulässig, wenn in der Person oder dem Verhalten des Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt, der sein Verbleiben in der Gesellschaft im Rahmen einer Gesamtwürdigung als nicht tragbar erscheinen lässt (so BGH in st. Rspr, etwa NJW 1999, 3779). Ein solcher wichtiger Grund ist vorliegend zu verneinen. 48

a) aa) 49

Kein wichtiger Grund im Sinne von § 19 Ziff. 3 S. 1, S 2 lit. d) ist anzunehmen, soweit die Beklagten geltend machen, der Kläger habe den Schuldendienst für die beiden von ihm aufgenommenen Darlehen bis 2004 vertragswidrig nicht aus seinem eigenen Vermögen erbracht, sondern die entsprechenden Beträge (von 396.549,41 € per 31.12.2004) aus dem Vermögen der Gesellschaft entnommen. Der Kläger beanspruche insoweit zu Unrecht ein gewinnunabhängiges Entnahmerecht. Die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Zahlungsaufforderung mit Fristsetzung und Hinweis auf die Ausschlussmöglichkeit ist erfolgt mit Schreiben vom 19.10.2011 (Anl. B 4). Der Kläger hat demgegenüber, wie von ihm durch Erklärung vom 30.11.2011 auch versichert, in nicht ausgeräumter Weise vorgebracht, dies sei zwischen allen Beteiligten so vereinbart gewesen, zumal auch der Beklagte zu 3) seine Einlage nicht vollständig erbracht habe und dessen Belastungen von der Gesellschaft finanziert worden seien. 50

In diesem Zusammenhang trifft es mit den Beklagten in rechtlicher Hinsicht zwar zu, dass die Pflichteinlage des Klägers nicht wirksam erbracht wäre, weil diese fremdfinanziert worden ist, die Gesellschaft sich hierfür verbürgt hat und die Beträge zur Bedienung des Darlehens aus der KG entnommen worden sind (vgl. BGH WM 1983, 1381). Allerdings ist bei der Personengesellschaft hinsichtlich der Einzahlungsverpflichtungen streng zu trennen zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis. Während die Gesellschafter im Innenverhältnis grundsätzlich frei sind, bei der Erbringung von Einlagen nach Belieben zu bewerten und hierüber Vereinbarungen zu treffen, liegt dies im Hinblick auf die Außenhaftung des Kommanditisten in der KG anders. Hier gilt das Kapitalaufbringungsprinzip. Erforderlich ist die tatsächliche Wertzuführung (BGHZ 95, 197; 109, 334; Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, 51

§ 120 Rn. 17; § 171 Rn. 6). Wenn die Gesellschafter vorliegend vereinbart und untereinander bestätigt haben, ihre Einlagen seien erbracht, besteht auch im Streitfall kein Grund, diese ihre interne Einigkeit nicht anzuerkennen, wobei die Belange Dritter und der Allgemeinheit insoweit nicht tangiert sind.

Eine solche Vereinbarung über die Erbringung der Einlagen mittels Darlehensaufnahme, jedenfalls eine entsprechende einvernehmliche Durchführung, ist von Seiten der Beklagten, die einen wichtigen Grund zur Ausschließung des Klägers glaubhaft zu machen hätten, nicht ausgeräumt. Insofern mag es sein, dass der Kläger eine konkrete Vereinbarung über die Entnahmen zu Darlehensrückführung nicht hinreichend konkret dargetan hat. Jedenfalls ist aber als unstreitig zugrunde zu legen, dass dieser Finanzierungsweg seinerzeit im allseitigen Einvernehmen unter den Gesellschaftern erfolgt ist. Die Einlagen auch des Klägers sind unstreitig über viele Jahre als gezahlt behandelt worden. Die für die Aufbringung der Annuitäten erfolgten Entnahmen sind zweifelsohne toleriert worden. Diese Vorgehensweise war eindeutig so buchhalterisch erfasst. Der von den Gesellschaftern festgestellte Jahresabschluss vom 31.12.2004 weist konkret die diesbezüglichen Entnahmen aus. Die Entnahmen des Klägers erfolgten damit unmissverständlich auch mit Billigung der übrigen Gesellschafter. Über Jahre hinweg sind die Einlagen als gezahlt behandelt worden. Es erscheint ausgeschlossen, dass die Gesellschaft die Zahlungen an den Kläger geleistet hätte, wenn die Beklagten der Auffassung gewesen wären, dass dieses nicht den ursprünglich getroffenen Abreden entsprochen hätte. Aufgrund dieser einvernehmlichen Handhabung kann daraus jedenfalls nun im November 2011 kein wichtiger, zum Ausschluss berechtigender Grund mehr hergeleitet werden. Dies gilt auch, soweit die Parteien darüber streiten, ob der Kläger danach seine Einlagezahlungen erbracht hat oder etwa zu weiteren Zahlungen verpflichtet wäre. Die Auseinandersetzung hierüber und die Aufforderung zur Einlagezahlung im Vorfeld der Gesellschafterversammlung vom 24.11.2009 begründen angesichts der übereinstimmend durchgeführten damaligen Finanzierung über die Gesellschaft keinen Grund mehr mit einem Gewicht, dass ein Verbleiben des Klägers in der Gesellschaft nicht mehr tragbar wäre.

bb) 53

Nicht berechtigt ist der neue Vorwurf der Beklagten, der Kläger habe auch die Einlage in Höhe des Differenzbetrages von 100.000,- DM nicht geleistet. Zum einen ist erstinstanzlich als unstreitig ausgewiesen, dass der Kläger diese Summe zusätzlich geleistet hat. Der diesbezügliche neue Vortrag der Beklagten ist prozessual nicht zu berücksichtigen. Insbesondere eine fehlende Nachlässigkeit der Geltendmachung erst in der zweiten Instanz nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO ist nicht feststellbar. Zum anderen hat der Kläger nunmehr durch Vorlage des microfiche-Auszugs der E (Anl. 35) belegt, dass diese Zahlung tatsächlich erbracht worden ist.

b) 55

Auch die Erstattung der Strafanzeige vom 12.07.2007 und die Gegenvorstellung des Klägers nach Freispruch sowie die Führung diverser Zivilprozesse zwischen den Parteien begründen keinen wichtigen Grund, der die Ausschließung des Klägers rechtfertigt.

aa) 57

Insoweit hatte der Kläger unter dem 12.07.2007 (Anl. 5) Strafanzeige gegen den Beklagten zu 3) erstattet wegen einer vermeintlichen Veruntreuung von 40.000,- €. Hintergrund war eine Rechnung der Y & Co. KG, durch die Verwaltungskosten 2004 zur Abrechnung gebracht

wurden. Der Kläger hat hierzu geltend gemacht, der Rechnung hätten keine entsprechenden Leistungen zugrunde gelegen. Insofern ist es zwar zutreffend, dass der Kläger selbst einräumt, dass die N KG gegenüber der Y KG grundsätzlich verpflichtet war, ein Entgelt für erbrachte Verwaltungsleistungen zu zahlen, allerdings nach seiner Auffassung in nur deutlich geringfügigerer Höhe. Allerdings war die Abrechnung für Verwaltungskosten der KG weder offengelegt und nachgewiesen, noch können die Vorwürfe des Klägers rundum als leichtfertig oder vorsätzlich, also wider besseres Wissen angesehen werden. Anzeigen eines Gesellschafters an staatliche Aufsichtsbehörden oder Aufsichtsorgane stellen nicht ohne weiteres einen wichtigen Grund für eine Ausschließung dar (vgl. BGH DStR 1991, 1055). Diese Beurteilung ändert sich aber dann, wenn eine solche Anzeige leichtfertig oder gar wider besseren Wissens erhoben wird. Jedenfalls dann, wenn der sich an die Strafverfolgungsbehörden wendende Gesellschafter nach gewissenhafter Prüfung der Auffassung sein kann, es lägen strafbaren Verhaltensweisen vor, ist es ihm nicht verwehrt, sich an die Ermittlungsbehörden zu wenden (vgl. BGH NJW-RR 2003, 897; OLG Jena NZG 2006, 36). Vorliegend bewegten sich die Anzeige des Klägers und auch seine Gegenvorstellung gegen die Einstellung des Verfahrens noch im Rahmen dessen, was jedem Bürger und so auch einem Mitgesellschafter in Ansehung eines für strafwürdig gehaltenen Verhaltens Dritter gestattet sein muss. Auch wenn von ihm ein gewisser Verwaltungsaufwand der KG anerkannt worden ist, konnte in Bezug auf mangelnde Transparenz und Höhe aus seiner Sicht noch eine Untreuehandlung von Seiten des Beklagten zu 3) vorliegen. Eine Falschanzeige, die ohne jeden nachvollziehbaren Boden erfolgt ist, kann insofern nicht zugrunde gelegt werden. Dies gilt gerade auch vor dem Hintergrund, dass die Staatsanwaltschaft erst noch einen Strafbefehl gegen den Beklagten zu 3) ausgebracht hat und auch ihrerseits von einem strafwürdigen Verhalten dessen ausgegangen ist, selbst wenn der Beklagte zu 3) später vom Amtsgericht Mühlhausen unter dem 17.05.2011 freigesprochen worden ist.

Zudem kann ein wichtiger Grund für den Ausschluss aus diesem Gesichtspunkt auch deshalb nicht mehr bejaht werden, weil die Beklagten nach dem Freispruch und der Gegenvorstellung vom 19.05.2011 noch nahezu 6 Monate zugewartet haben, bis der Ausschließungsbeschluss auf die Tagesordnung gesetzt worden ist. 59

bb) 60

Ebenso wenig kann eine grundlegende Zerstörung des Vertrauensverhältnisses aufgrund der Durchführung der diversen Zivilprozesse, in denen eine grundsätzlich zulässige Weise gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen worden ist, angenommen werden. Jedenfalls hat das diesbezügliche Handeln des Klägers nicht ein solches Gewicht, welches für einen Ausschluss erforderlich ist. Eine in der Sache unbegründete, aber verfahrenskonforme Wahrnehmung von Rechten kann, wie ausgeführt, nur in Ausnahmefällen einen solchen wichtigen Grund darstellen. Ein solcher liegt hier nicht vor. 61

c) 62

Auch kann als gewichtiger Grund der im Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 24.11.2011 angeführte Vorgang hinsichtlich abträglicher Äußerungen des Klägers gegenüber Herrn X nicht mehr dienen. Der Kläger hatte diesem gegenüber, der die Fa. P als Hauptgeschäftspartner der Y-Gruppe repräsentierte, im Juni 2005 eine drohende Zahlungsunfähigkeit der Y-Gruppe behauptet. Dieser Vorgang lag bei dem in Rede stehenden Ausschließungsbeschluss bereits nahezu 6 Jahre zurück und stellt sich nach derart langem weiteren Fortbestand des Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Parteien als überholt dar. Insofern trifft es zwar grundsätzlich zu, dass bereits durch Verzeihung, 63

Verwirkung u.ä. überholte Vorfälle zur Begründung einer Ausschließung dann wieder herangezogen werden können, wenn sich der betroffene Gesellschafter neuer Verfehlungen schuldig macht, die ihrer Natur und ihrem Gewicht nach geeignet erscheinen, die Frage, ob der Geschäftsführer weiter in seinem Amt belassen werden kann, ernstlich aufzuwerfen (BGH NJW-RR 1992, 292). Insofern ist jedoch zu konstatieren, dass entsprechende Verfehlungen des Klägers, die eine erneute Berücksichtigung auch der Äußerung gegenüber Herrn X zulassen, aus entsprechend jüngerer Zeit schon nicht mehr festgestellt werden können.

d) 64

Soweit nunmehr eine Verletzung der beruflichen Verschwiegenheitspflicht durch Informationen des Klägers in dem Rechtsstreit LG Dortmund 10 O 170/11 als ein wichtiger Grund zum Ausschluss des Klägers nachgeschoben wird, ist einerseits festzustellen, dass dieser Gesichtspunkt nicht auch Gegenstand des streitgegenständlichen Beschlusses vom 24.11.2011 war. Andererseits käme diesem Umstand, eine solche Verletzung unterstellend, nicht das für einen Ausschluss notwendige Gewicht zu, zumal der Kläger die Vorlage der Einkommenssteuerveranlagungen zu seiner Rechtewahrung auch als erforderlich ansah und wohl auch ansehen durfte. 65

Auch in der Gesamtheit ergibt eine Bewertung der einzelnen vermeintlichen Abberufungsgründe und die vorzunehmende Gesamtabwägung damit keinen wichtigen Grund zur Ausschließung des Klägers. 66

3. Verfügungsgrund 67

Der für den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung nötige Verfügungsgrund liegt vor. Es besteht die Gefahr, dass der Kläger ohne die Anordnung des Gerichts seine Gesellschafterrechte nicht verwirklichen kann. Auch ist hierfür ein Regelungsbedürfnis gegeben, weil die getroffene Anordnung notwendig ist zur Abwendung wesentlicher Nachteile. In diesem Zusammenhang ist nach obigen Ausführungen davon auszugehen, dass der Verfügungsanspruch besteht und der Kläger vorbehaltlich einer weiteren Klärung im Hauptsacheverfahren noch über seine Gesellschafterrechte verfügt. Insofern ist es unter Berücksichtigung der gravierenden Folgen des Ausschlusses für ihn nicht zu tolerieren, ihn von der Teilhabe an der Gesellschaft und seinen diesbezüglichen Gesellschafterrechten auszuschließen und ihn auf etwaige Sekundäransprüche zu verweisen. Vielmehr ist es geboten, ihm seine Gesellschafterrechte vorläufig wieder zu verschaffen. 68

a) 69

Soweit die Parteien darüber streiten, ob ein Fall der Sicherungsverfügung oder Regelungsverfügung vorliegt, spricht einiges dafür, dass es hier im Zusammenhang mit dem Ausschluss aus einer Personengesellschaft primär um die Abwehr einer Beeinträchtigung bestehender Gesellschafterrechte geht. Überdies ist anzunehmen, dass auch ein Regelungsbedürfnis besteht i.S.v. § 940 ZPO. 70

Die Sicherungsverfügung dient der vorläufigen Sicherung von Individualansprüchen, die der Durchsetzung in einem Hauptsacheverfahren fähig sind. Gemeint sind alle Ansprüche auf Handlungen, Duldungen und Unterlassungen. Bei der Regelungsverfügung tritt an Stelle des zu sichernden Individualanspruchs das zu regelnde Rechtsverhältnis, das zwischen den Parteien des Verfügungsverfahrens bestehen und auf eine gewisse Dauer gerichtet sein muss (Zöller-Vollkommer, a.a.O., § 940 Rn. 2). Die Grenzen zwischen den einstweiligen Verfügungen aus § 935 ZPO und § 940 ZPO sind umstritten und abstrakt (a.a.O. § 935 Rn. 2) 71

wie gerade auch im Streitfall nicht scharf zu ziehen. Einerseits begehrt der Kläger eine einstweilige Regelung im Hinblick auf das streitige Rechts- und Gesellschafterverhältnis. Er begehrt, sofern gedanklich und nach der gesellschaftsvertraglichen Regelung von einer wirksamen Ausschließung ausgegangen wird, die Wiederherstellung seiner Rechte (Teilnahme-, Stimm- und Vermögensrechte) als Gesellschafter. Andererseits will der Kläger auch unter Berücksichtigung eines aus seiner Sicht nicht wirksamen Ausschlusses seine Rechte als Mitgesellschafter „nur“ gesichert sehen gegenüber einer weiterhin drohenden Beeinträchtigung (Verweigerung) durch die Beklagten im Sinne der Aufrechterhaltung eines status quo. Ist diese Abwehr einer Beeinträchtigung Gegenstand des Unterlassungsbegehrens, so wird eine entsprechend begehrte Unterlassungsverfügung in diesem Gefüge schwerlich im engeren Sinne als eine Regelungs- oder Leistungsverfügung aufzufassen sein. Solche Unterlassungsverfügungen haben zwar eine gewisse Befriedigungswirkung, haben aber weitgehend abwehrenden Charakter (hier in Bezug auf eine Beeinträchtigung der gesellschafterlichen Rechte des Klägers) und ähneln so Sicherungsverfügungen, bei denen die strengen Voraussetzungen für Leistungsverfügungen nicht gelten (Zöller-Vollkommer, a.a.O., 940 Rn. 1; i.E. str.). Soweit in den Entscheidungen des OLG Düsseldorf (Urt. v. 16.01.2008, VI U (Kart) 25/07 – auch zur Notwendigkeit der Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Hauptsachebegehrens und der Wechselbeziehungen der in Ansatz gebrachten Beurteilungskriterien) und des 27. Senats des OLG Hamm (Urt. v. 14.03.2000, 27 U 102/99, NJW-RR 2001, 105) der Fall einer Leistungsverfügung mit ihren strengen Voraussetzungen zugrunde gelegt worden ist, ist zu beachten, dass die dortigen Fälle, in denen es um anfechtbare GmbH-Beschlüsse ging, sachlich durchaus anders lagen. Wenn ein Gesellschafter anfechtbar ausgeschlossen ist, gilt die Wirkung dieses Beschlusses bis zu seiner Beseitigung im Beschlussanfechtungsverfahren. Rechtlich geht es im Kern um die Befriedigung des Verfügungsanspruchs, nämlich um eine Wiederverschaffung der Gesellschafterrechte, die der Gesellschafter derzeit jedenfalls verloren hatte. Im Fall des Ausschlusses aus der Personengesellschaft ist demgegenüber vorbehaltlich einer näheren Klärung offen, ob der Beschluss über die Ausschließung nichtig ist oder nicht. Es geht hier eher um die bloße Beseitigung von Störungen bestehender Gesellschafterrechte, jedenfalls, wenn wie hier vorausgesetzt werden kann, dass die Gesellschafterstellung des Klägers den Gesellschafterbeschluss überdauert hat, ohne dass dabei (wie offenbar von Kiethe, NZG 2004, 114, vertreten) angenommen werden muss, dass ganz allgemein wesentliche, nicht mehr korrigierbare Nachteile zu Lasten des Gesellschafters entstünden.

b)

72

Im Streitfall erscheint die begehrte Regelung nötig, weil zu besorgen ist, dass die Rechtsstellung des Klägers als Gesellschafter maßgeblich durch die Umsetzung der Ausschließung vom 24.11.2011 vereitelt würde. Dabei ist gerade auch zu berücksichtigen, dass nach vorläufiger Prüfung auch eine Nichtigkeit der Beschlussfassung zu konstatieren ist. Von Seiten der Beklagten ist gemäß der Beschlussfassung erklärt worden, den Kläger bis zur Klärung in der Hauptsache nicht mehr als Gesellschafter behandeln zu wollen. Der Kläger freilich hat ein erhebliches Interesse daran, dass seine Gesellschafterstellung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens gesichert bleibt, zumal die Beklagten durchaus einem Interessenkonflikt unterliegen und ein erhebliches Interesse daran haben, zu ihren Gunsten die von ihnen gehaltene Pächterin auch auf Kosten der Verpächtergesellschaft zu schützen und zu stärken. Der Kläger müsste befürchten, dass er weiterhin von jeglicher Informationserteilung über die gesellschaftlichen Verhältnisse ausgeschlossen bliebe und gerade auch die streitigen Jahresabschlüsse für die Vergangenheit von den Beklagten irreversibel neu aufgestellt würden, ohne dass eine Sekundärhaftung dies später zu

73

kompensieren gegebenenfalls in der Lage wäre. Dem steht nicht die von den Gesellschaftern selbst vereinbarte Regelung für die Ausschließung eines Gesellschafters, die eben auf eine gerichtliche Ausschließung nach § 140 HGB verzichtet und eine sofortige Ausschließung eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss ermöglicht, entgegen. Zwar soll die Ausschließung danach gerade ohne eine vorherige gerichtliche Klärung eines wichtigen Grundes möglich sein. Eine Ausschließung soll schon in dem Zeitpunkt Wirksamkeit erlangen, in dem der Beschluss gefasst und dem betroffenen Gesellschafter mitgeteilt wird. Eine bestehende Rechtsunsicherheit bis zu einer gerichtlichen Klärung wird hingenommen (vgl. hierzu BGHZ 31, 295). Indes bewegt sich der vorliegende Rechtsstreit bereits im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung, die zudem jedenfalls vorläufig zu dem Ergebnis kommt, dass eine wirksame Ausschließung nicht vorliegt. Ein besonderes Interesse der Beklagten an der Durchsetzung eines nichtigen Ausschließungsbeschlusses bis zu einer endgültigen Klärung ist in diesem Zusammenhang nicht anzuerkennen. Auch soweit die Beklagten ein Interesse daran haben könnten, dass auch in näherer Zukunft nicht weiterhin die Möglichkeit zu einer Blockade des Klägers in Bezug auf Gewinnverwendungsbeschlüsse sowie Beschlussfassungen über zustimmungspflichtige Geschäfte besteht, überwiegt in der Abwägung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände insgesamt das konkrete Interesse des Klägers an der vorläufigen Sicherung seiner Gesellschafterstellung, ohne dass es im Einzelnen auf die konträren Überlegungen zu einem befürchteten Verkauf der Immobilie, eine vermeintliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft etc. ankommt. Jedenfalls könnten etwa Änderungen des Pachtvertrages zwischen der N KG und der Y N GmbH oder Zementierungen der Geschäftsabschlüsse der Gesellschaft es dem Kläger unmöglich machen, seine Rechte als Gesellschafter erst nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens sachangemessen einzubringen.

II. Antrag zu 2): Finanzierung von Sanierungsmaßnahmen 74

Nicht begründet ist demgegenüber der Verfügungsantrag zu 2), mit dem im Wege der Eilanordnung die Vereinbarung einer Finanzierung für die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen in Bezug auf das Gebäude, insbesondere das Dach, verhindert werden soll. Es fehlt sowohl an einem Verfügungsanspruch wie auch an einem Verfügungsgrund. 75

1. Verfügungsanspruch 76

Einem Verfügungsanspruch steht schon entgegen, dass es sich hinsichtlich der Sanierung und ihrer Finanzierung über den bestehenden Kontokorrentkredit um eine bloße Maßnahme der Geschäftsführung handelt, die auch ohne Gesellschafterbeschluss hätte vollzogen werden können. Diese konnte auch ohne Zustimmung des Klägers mit einfacher Mehrheit beschlossen werden. Der Kläger ist nicht befugt, etwa die Geschäftsführung für sich zu vereinnahmen. Das Einberufungs- und Beschlussverfahren nach dem Gesellschaftsvertrag ist im Übrigen nicht zu beanstanden. 77

2. Verfügungsgrund 78

Ein Verfügungsgrund liegt nicht vor. Eine maßgebliche Beeinträchtigung der Rechte des Klägers durch eine Verzögerung bis zur Entscheidung in der Hauptsache ist nicht zu besorgen. Die Notwendigkeit der Sanierungsmaßnahme ist unstrittig. Die Durchführung über eine Fremdfinanzierung vereitelt mitnichten die Gesellschafterrechte des Klägers, zumal ein Fehler insoweit durch eine spätere Kompensation unschwer ausgleichbar wäre. Die Unterlassung oder Zurückstellung unstrittig dringender Reparaturen auch mit Hilfe einer Abdeckung der Kosten über den bestehenden Kontokorrentkredit könnte und würde zu 79

deutlich gravierenderen Nachteilen (wie etwaiger Ausfall oder eine Kürzung von Pachtzins) führen als eine Beschlussumsetzung. Darauf, dass es auch dringlichkeitsschädlich sein könnte, dass der Kläger den früheren Verfügungsantrag beim LG Mühlhausen wieder zurückgenommen hat und insofern Verzögerungen bei der gerichtlichen Verfolgung möglicherweise in Kauf genommen hat, kommt es nicht mehr an.

III. 80

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10 ZPO. 81