
Datum: 11.06.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 9/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:0611.5U9.15.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 1 O 240/14
Schlagworte: Organbesitz
Normen: §§ 858 Abs. 2; 861 Abs. 1; 855 BGB
Leitsätze:

Juristische Personen üben eigenen unmittelbaren Besitz durch ihre Geschäftsführungsorgane und sonstige verfassungsgemäß berufenen Vertreter aus. Mitarbeiter unterhalb der Organebene sind entsprechend § 855 BGB als Besitzdiener anzusehen, deren Sachherrschaft der juristischen Person zugerechnet wird.

Tenor:

Die Berufung der Verfügungsklägerin gegen das am 18.12.2014 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Verfügungsklägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten des Nebenintervenienten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

(abgekürzt gem. §§ 540 Abs. 1 und Abs. 2, 313 a ZPO)

Die zulässige Berufung ist nicht begründet; das Landgericht hat den Antrag der Verfügungsklägerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu Recht zurückgewiesen, denn

1

2

3

der zulässige Antrag ist nicht begründet.

I.	4
Über die Berufung war durch streitiges Urteil – und nicht etwa, wie von der Verfügungsklägerin beantragt, durch Versäumnisurteil – zu entscheiden, denn die Verfügungsbeklagte war im Senatstermin vom 11.6.2015 ordnungsgemäß durch ihre Prozessbevollmächtigten vertreten und hat durch diese die im Protokoll dokumentierten Anträge gestellt.	5
1.	6
Mit Schriftsatz vom 17.12.2014 haben die Prozessbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten eine Vollmacht vom 16.12.2014 (Bl. 220) vorgelegt, die von den Geschäftsführern der Verfügungsbeklagten Dr. X, Dr. I und Frau N2 unterzeichnet ist und deren Authentizität von der Verfügungsklägerin nicht in Abrede gestellt wird.	7
2.	8
Durchgreifende Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Vollmacht bzw. die Vertretungsbefugnis der Vollmachtunterzeichner bestehen nicht. Diese sind nach dem Vortrag der Verfügungsbeklagten und den vorgelegten Unterlagen auf der Gesellschafterversammlung vom 31.01.2013 zu <u>geschäftsführenden</u> Gesellschaftern gewählt worden; ausweislich des Sitzungsprotokolls vom 4.2.2013 (Bl. 223 ff.) ist auch die Beschränkung auf drei <u>geschäftsführende</u> Gesellschafter beschlossen worden. Ein schriftlicher Widerspruch gegen die Richtigkeit dieses Protokolls ist nach Aktenlage weder innerhalb der in der Ursprungssatzung unter § 7 IV sowie in der aktuellen Satzung unter § 7 D fixierten Anfechtungsfrist von acht Tagen nach Zustellung noch zu einem späteren Zeitpunkt erhoben worden, so dass das Protokoll als genehmigt gilt. Eine Anfechtung der genannten Beschlüsse durch einen oder mehrere Gesellschafter wegen etwaiger Verfahrensfehler und Mängel im Zusammenhang mit den Einladungen und Bevollmächtigungen von Gesellschaftern ist weder von der Verfügungsklägerin behauptet worden noch ersichtlich.	9
Deshalb ist nach den sog. „ <i>Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft</i> “ die bereits seit mehr als zwei Jahren in Vollzug gesetzte Regelung zur Geschäftsführung der Verfügungsbeklagten aus Gründen des Verkehrsschutzes für Dritte und des Bestandsschutzes für die Gesellschafter voll wirksam (vgl. Palandt-Sprau, BGB, 74. Aufl. 2015, § 705 BGB Rdnr. 17 bis 19; Ulmer/Schäfer, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 705 BGB, Rdnr. 342).	10
Die Verfügungsklägerin kann die Änderung der Vertretungsregelung im Gesellschaftsvertrag und die Bestellung der Geschäftsführer nicht – auch nicht inzidenter im vorliegenden Verfahren – anfechten, denn eine Gesellschafterstreitigkeit betreffend die Wirksamkeit von gesellschaftsvertraglichen Regelungen und Gesellschaftsbeschlüssen ist zwischen den Gesellschaftern auszutragen (vgl. BGH NJW 2009, 699 – Rdnr. 9, zitiert nach Juris; Palandt-Sprau, a.a.O., vor § 709 BGB Rdnr. 16 und § 714 BGB Rdnr. 25).	11
Andernfalls dürfte im Übrigen – was aber aus den vorgenannten Gründen offen bleiben kann – ein Fall der Notgeschäftsführung nach § 744 II BGB vorliegen.	12
3.	13
	14

Nur der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass die Voraussetzungen für den Erlass eines Versäumnisurteils selbst im Falle der Unwirksamkeit der Vollmacht nicht vorlägen, weil dann die Verfügungsbeklagte zum Senatstermin vom 11.6.2015 nicht ordnungsgemäß geladen worden wäre. Denn die Ladung der Verfügungsbeklagten zum vorgenannten Senatstermin erfolgte ausschließlich zu Händen ihrer Prozessbevollmächtigten (EB vom 9.2.2015) und wäre im Falle fehlender Vollmacht unwirksam.	
Zwar haben in einem anhängigen Verfahren gem. § 172 ZPO alle Zustellungen an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten zu erfolgen, und die Prozessbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten haben sich jedenfalls durch das Einreichen ihrer Schutzschrift von 26.11.2014 „bestellt“ im Sinne von § 172 ZPO. Auch eine dem § 172 ZPO entsprechende Zustellung kann wegen fehlender Bevollmächtigung des bestellten Prozessbevollmächtigten jedoch unwirksam sein (vgl. etwa BGH MDR 2011, 620 ff.: „Das Risiko, dass der vom Kläger als Prozessbevollmächtigter des Beklagten bezeichnete Anwalt keine Prozessvollmacht besitzt und die an diesen bewirkte Zustellung deshalb unwirksam ist, trägt der Kläger.“ Grundsätzlich ist zwar für die Wirksamkeit der Zustellung aus Gründen des Vertrauensschutzes für die Gegenseite auf die angezeigte Prozessvollmacht abzustellen (vgl. etwa BGH NJW 1987, 440), doch im Streitfall besteht auf Seiten der Verfügungsklägerin kein schutzwürdiges Vertrauen in die von ihr ja gerade bestrittene Wirksamkeit der Vollmacht.	15
Der Auffassung der Verfügungsklägerin, die zu Händen der Rechtsanwälte T pp. erfolgten Zustellungen seien mit Rücksicht auf § 172 ZPO zu Lasten der Verfügungsbeklagten als wirksam anzusehen, nicht aber die von den genannten Anwälten für die Verfügungsbeklagte vorgenommenen Prozesshandlungen, vermag der Senat nicht zu folgen.	16
II.	17
Aufgrund der oben (I.2.) dargestellten Überlegungen führt die von der Verfügungsklägerin erhobene Rüge der fehlenden Prozessvollmacht auch nicht zur Unzulässigkeit des Antrags; dass die Antragsschrift nur an die Prozessbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten zugestellt worden ist, ist wegen der wirksam erteilten Prozessvollmacht unschädlich.	18
III.	19
Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist indessen unbegründet, weil die Verfügungsklägerin das Vorliegen eines Verfügungsanspruchs nicht hinreichend glaubhaft gemacht hat.	20
1.	21
Gem. §§ 935, 936, 920 Abs. 2 ZPO sind der Verfügungsanspruch und der Verfügungsgrund glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachung bedeutet, dass für die richterliche Überzeugung von einer Tatsache nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit erforderlich ist; das Bestehen von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund muss also wahrscheinlicher sein als umgekehrt (vgl. Musielak/Voit, ZPO, 12. Auflage 2015, § 294 Rn. 3 und § 920 Rdn. 9).	22
2.	23
Eine diesen Anforderungen genügende Glaubhaftmachung eines hier allein in Betracht kommenden Besitzschutzanspruchs wegen verbotener Eigenmacht nach §§ 858 Abs. 1, 861 Abs. 1 BGB liegt nicht vor, denn es ist nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit	24

festzustellen, dass die Verfügungsklägerin bis zum 25.11.2014 Besitzerin der streitgegenständlichen Räumlichkeiten war.

a) 25

Besitz ist die vom Verkehr anerkannte, nach außen erkennbare und von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache. Dabei muss dem Besitzer die physische Einwirkung auf die Sache möglich sein, wobei die Einwirkungsmöglichkeit durch einen Besitzgehilfen (§ 855 BGB) genügt. Die physische Einwirkungsmöglichkeit setzt ein räumliches Verhältnis voraus, das eng genug ist, um den Gebrauch der Sache zu gewährleisten, ohne dass aber eine ununterbrochene Einwirkungsmöglichkeit erforderlich wäre (arg. § 856 Abs. 2 BGB/vgl. Münchener Kommentar/Joost, 6. Aufl. 2013, § 854 BGB, Rdnr. 3 bis 13). 26

Juristische Personen üben eigenen unmittelbaren Besitz durch ihre Geschäftsführungsorgane und sonstige verfassungsgemäß berufenen Vertreter aus (vgl. BGH NJW 2004, 217 f). Mitarbeiter unterhalb der Organebene sind entsprechend § 855 BGB als Besitzdiener anzusehen, deren Sachherrschaft der juristischen Person zugerechnet wird. 27

b) 28

Ein so genannter Organbesitz ist von der Verfügungsklägerin weder vorgetragen worden noch ersichtlich, so dass ein Besitz oder – was ausreichen würde – Mitbesitz der Verfügungsklägerin nur aus einer ihr zuzurechnenden Sachherrschaft des Laborleiters Dr. T2 hergeleitet werden könnte. Dieser verfügte bis zum 25.11.2014 über je einen Schlüssel für den Vordereingang, den Hintereingang und eine Zwischentür; in der Entgegennahme von Schlüsseln liegt grundsätzlich einen Besitzerwerb an den dazu gehörenden Räumen. Die Frage, für wen Dr. T2 die tatsächliche Gewalt über die Laborräumlichkeiten ausübte, kann allerdings nicht eindeutig beantwortet werden; insoweit bestehen vier unterschiedliche Möglichkeiten: Er kann die Räume selbst – also mit eigenem Sachherrschaftswillen – in Besitz gehabt haben (1) oder als Besitzdiener im Sinne von § 855 BGB tätig geworden sein, wobei er Besitzdiener der Verfügungsklägerin (2), beider Parteien (3) oder aber nur der Verfügungsbeklagten (4) gewesen sein kann. Dabei kann auch unter Berücksichtigung der vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen des Dr. T2, der sonstigen Unterlagen, der Anhörung der Parteien im Senatstermin vom 11.6.2015 und der ergänzenden Beweisaufnahme der unter (4) genannten Möglichkeit keine geringere Wahrscheinlichkeit zuerkannt werden als Möglichkeiten zu (2) und (3). 29

aa) 30

Die insoweit maßgebliche eidesstattliche Versicherung von Dr. T2 vom 06.05.2015 (vgl. Bl. 409) enthält u. a. folgende Ausführungen: 31

„Ich bin u.a. als Mitarbeiter der J Labor- und Medizintechnikverwaltungsgesellschaft mbH in den Räumen J1 T ##, in ##### F, tätig gewesen. Dort habe ich auch ein Büro unterhalten. 32

Die Schlüssel für die vorgenannten Räumlichkeiten habe ich vor Jahren vom Vermieter der J1 ... für die J1 ... erhalten. Unzutreffend ist es, dass mir die Schlüssel durch Vertreter der X-LG F1 Rhein-Ruhr ärztliche Laborgemeinschaft GbR ausgehändigt wurden. 33

Die J1 ... hat mir gegenüber ihr Direktionsrecht ausgeübt. Urlaubsanträge habe ich beispielsweise bei dieser eingereicht. Faktisch hat Herr Dr. H mir gegenüber Weisungen 34

erteilt. Von den Geschäftsführern der X-LG F1 Rhein-Ruhr ärztliche Laborgemeinschaft GbR habe ich hingegen keine Weisungen erhalten.“

Diese Angaben erscheinen in mehrfacher Hinsicht nicht plausibel. So ist nicht ganz nachvollziehbar, dass Dr. T2 die Schlüssel „für“ die Verfügungsklägerin erhalten haben will, obwohl er bei der erstmaligen Aushändigung der Schlüssel – wohl bereits im Jahre 2000 – nicht für die Verfügungsklägerin tätig war, sondern für die Dr. H. Zudem erscheint es angesichts der vertraglichen Vereinbarungen lebensfremd, dass die Verfügungsbeklagte ihm gegenüber keinerlei Weisungen erteilt hat; unstreitig war er als Laborleiter tätig, und nach § 3 des „Teilbetriebsführungsvertrages“ oblag die Führung des Laborpersonals – und nach den sonstigen Bestimmungen dieses Vertrags auch des Labors selbst – der Verfügungsbeklagten. So bestand nach den insbesondere unter § 1 und 3 gewählten Formulierungen eine gewisse Abhängigkeit der Klägerin vom Willen der Beklagten. Ausdrücklich sollte die Klägerin die Teilbetriebsführung im Interesse, im Namen und für Rechnung der Verfügungsbeklagten übernehmen, um diese von organisatorischen Aufgaben zu entlasten. Bereits aus dieser Formulierung ergibt sich eine gewisse Unterordnung der Verfügungsklägerin, die auch im Auftritt des Unternehmens nach außen nicht zu verkennen ist. Sämtliche Nutzer des Labors hatten unstreitig stets nur mit der Verfügungsbeklagten kontrahiert. Zwar hatte auch die Verfügungsklägerin Verantwortung insbesondere für den administrativen Ablauf des Labors und dessen Organisation übernommen, dies aber ausdrücklich nur in Abstimmung mit der Beklagten.

Deshalb bestehen an der Richtigkeit der Angabe von Dr. T2, er habe von der Beklagten keine Weisungen erhalten, erhebliche Zweifel, die durch die glaubhafte und nachvollziehbare Erklärung des Geschäftsführers der Verfügungsbeklagten Dr. I, er persönlich habe Dr. T2 einmal angewiesen, einen anderen Blasentumortest zu verwenden, noch bestärkt werden.

Für ein Weisungsrecht der Verfügungsbeklagten spricht zudem der Umstand, dass Dr. T2 im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung auch Angestellter der Verfügungsbeklagten war; die Verfügungsklägerin hat bereits mit ihrer Antragsschrift eine entsprechende Verdienstabrechnung des Dr. T2 vorgelegt, weshalb ihr jetziges Bestreiten eine Beschäftigung bei der Verfügungsbeklagten mit Nichtwissen unzulässig ist.

bb)

Zwar hatte die Verfügungsklägerin die streitgegenständlichen Räume angemietet, und Dr. T2 war seit Juni 2013 (auch) Angestellter der Verfügungsklägerin, damit in ihre Organisation eingegliedert und grundsätzlich ihrem Weisungs- und Direktionsrecht unterworfen. Dies rechtfertigt indessen – auch im Zusammenwirken mit weiteren Gesichtspunkten – nicht die Annahme, Dr. T2 sei Besitzdiener der Verfügungsklägerin gewesen. Denn es ist zu beachten, dass die Anmietung der Räume zu den von der Verfügungsklägerin wahrzunehmenden Aufgaben im Rahmen der übernommenen Teilgeschäftsführung gehörte und damit lt. Vertrag „im Interesse, im Namen und für Rechnung“ der Verfügungsbeklagten erfolgte; nach Auffassung des Senates hatte sie damit die Räumlichkeiten der Verfügungsbeklagten zur Verfügung zu stellen. Deshalb liegt es nahe, die Verfügungsbeklagte als unmittelbare und die Verfügungsklägerin als mittelbare Besitzerin anzusehen.

Hinzu kommt, dass Dr. T2 bis Mitte 2013 nicht Angestellter der Verfügungsklägerin, sondern der Gemeinschaftspraxis für Laboratoriumsmedizin Dr. H und Kollegen (später wohl: Medizinisches Versorgungszentrum Dr. H + Kollegen) war und hier die Aufgaben eines Marketing-Managers Information und Logistik übernommen hatte (Vertrag Bl. 243). Ein sachlicher Grund, weshalb er für seinen damaligen Arbeitgeber die tatsächliche Gewalt über

die streitgegenständlichen Räumlichkeiten hätte ausüben sollen, ist nicht erkennbar. Zudem ist weder mit Substanz dargetan noch ersichtlich, dass der Verfügungsklägerin in dieser Zeit bereits ein Weisungs- und Direktionsrecht gegenüber Dr. T2 zustand; dafür reicht allein der Umstand, dass es sich bei der Verfügungsklägerin unter Zugrundelegung ihrer Darstellung um eine Tochtergesellschaft der Fa. N Dr. H + Kollegen handelt, nicht aus. Ein Weisungs- und Direktionsrechts der Verfügungsklägerin bestand nach Aktenlage erst aufgrund und nach der Überleitung des Arbeitsverhältnisses auf die Verfügungsklägerin im Jahre 2013.

Danach kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden und liegt nach Auffassung des Senates sogar nahe, dass Dr. T2 bis Mitte 2013 weder Besitzdiener der Fa. N Dr. H + Kollegen noch Besitzdiener der Verfügungsklägerin war. Die Übernahme des Arbeitsverhältnisses Dr. T2 durch die Verfügungsklägerin hat an den Besitzverhältnissen – soweit ersichtlich – nichts geändert, weshalb auch für die Zeit danach eine Besitzdienerschaft des Dr. T2 im Verhältnis zur Verfügungsklägerin nicht anzunehmen ist.

cc) 42

Der Umstand, dass bis 2013 wohl auch weitere Laborgemeinschaften – die dann eine Fusion mit der Verfügungsbeklagten eingingen – aufgrund vertraglicher Vereinbarungen mit der Verfügungsklägerin die Räume nutzten, rechtfertigt keine anderweitige Beurteilung. Dass die Verfügungsklägerin den weiteren Laborgemeinschaften die Räume zur Nutzung oder Mitbenutzung zur Verfügung überlassen hat, setzt – zumal die Überlassung in Absprache mit der Verfügungsbeklagten erfolgte – keinen unmittelbaren Besitz voraus.

dd) 44

Auch die Aussage der im Senatstermin vernommenen präsenten Zeugin L vermochte den Vortrag der Klägerin nicht zu stützen; da die Zeugin an den Gesprächen zwischen Dr. T2 und den Geschäftsführern der Verfügungsbeklagten weitgehend nicht teilgenommen hatte, konnte sich auch keine konkreten Angaben zur Erteilung oder Nichterteilung von Weisungen machen.

IV. 46

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 101 Abs. 1, 708 Nr. 10 und 713 ZPO. 47