Oberlandesgericht Köln, 18 U 22/06

Datum:	01.03.2007
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	18. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	18 U 22/06
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2007:0301.18U22.06.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 89 O 23/04

Tenor:

Die Berufung der Kläger gegen das am 13.01.2006 verkündete Urteil

der 9. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 89 O 23/04 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Kläger zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Kläger dürfen die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % der vollstreckten Summe abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in der selben Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

G r ü n d e: 1

A. 2

3

Der Beklagte ist mit einem Anteil von 52 % des Stammkapitals Gründungsgesellschafter der im Jahre 1997 gegründeten Klägerin zu 1) (im folgenden auch: Gesellschaft), die einen Groß- und Einzelhandel mit Lebensmitteln betreibt. Der Kläger zu 2) ist geschäftsführender Gesellschafter der Klägerin zu 1) und hält gemeinsam mit seinen Brüdern, den Herren T, L und A B, insgesamt 48 % der Geschäftsanteile der Klägerin zu 1).

Die Parteien haben sich in zahlreichen gerichtlich ausgetragenen Streitigkeiten wechselseitig jeweils gesellschaftswidriges Verhalten vorgeworfen. Diese Vorwürfe entzünden sich u.a. an der Behauptung des Beklagten, seinen Geschäftsanteil als Treuhänder für den Onkel des Klägers und seiner Brüder – Herrn Z W - zu halten. Letztgenannter sowie wiederum dessen Söhne, die Herren A und V W, waren bis zu ihrer im November 2003 durch den Kläger zu 2) erklärten fristlosen Kündigung bei der Klägerin zu 1) angestellt und für diese tätig. Herrn V W oblagen dabei die Aufgaben eines Kassierers; die von Herrn Z W im Unternehmen der Klägerin zu 1) tatsächlich wahrgenommene Funktion ist im einzelnen zwischen den Parteien streitig. 4

In einer am 17.12.2003 durchgeführten Gesellschafterversammlung wurde nach der Behauptung der Kläger ohne die Stimme des Beklagten der Beschluss gefasst, den Beklagten gegen Zahlung einer Abfindung aus der Gesellschaft auszuschließen. 5

Mit ihrer daraufhin gegen den Beklagten erhobenen Ausschlussklage machen die Kläger geltend, dass dieser Ausschluss wegen diverser, sich gesellschaftsschädlich auswirkender Verhaltensweisen des Beklagten gerechtfertigt sei, die sowohl jeweils für sich genommen als auch in der Summe ein Gewicht erreichten, das dessen weiteres Verbleiben in der Gesellschaft als untragbar erscheinen lasse. 6

Die Kläger haben hierzu behauptet, dass der Beklagte seiner angeblichen Treuhänderstellung, die erst durch einen in einem anderen Rechtstreit vorgelegten anwaltlichen Vermerk vom 05.01.2004 bekannt geworden sei, nie offenbart habe. Mit der lediglich treuhänderischen bzw. als "Strohmann" des Z W erfolgten Übernahme der Gesellschafterstellung habe der Beklagte in schwerwiegender Weise gegen seine gesellschafterrechtliche Treupflicht verstoßen. Das in § 4 des Gesellschaftsvertrages (Bl. 5 bis 8 des Anlagenbandes zur Klageschrift) formulierte Vinkulierungsgebot schließe von vornherein jede Treuhandschaft aus. Hätten die Mitgesellschafter des Beklagten bei Gründung der Klägerin gewusst, dass der Beklagte "...als Strohman oder gar Treuhänder" für die Familie W agieren werde, hätten sie ihn nicht als Mitgesellschafter zugelassen. Der Beklagte müsse sich aber auch weitere, seinen weiteren Verbleib in der Gesellschaft nicht mehr hinnehmbar machende gesellschaftswidrige Verhaltensweise entgegenhalten lassen. So habe er sich von Herrn V W im Juni 2003 aus der Kasse der Klägerin einen Barbetrag in Höhe von 43.500,00 € aushändigen lassen, wovon er sich einen PKW gekauft habe. Am 02.09.2003 habe er sich durch die Herren V und Z W eine Summe in Höhe von 76.570,00 € als Gewinnausschüttung für die Jahre 1998 bis 2003 aus der Kasse der Klägerin zu 1) auszahlen lassen. Dies sei erfolgt, obwohl – was unstreitig ist – in einer Gesellschafterversammlung am 02.05.2003 lediglich die Gewinnausschüttung in Höhe von 200.000,00 € beschlossen, eine Entscheidung über die Verteilung und den Ausschüttungszeitpunkt jedoch nicht getroffen worden sei; mit Blick auf eine im Juni 2003 durchgeführte Betriebsprüfung hätte eine solche auch nicht herbeigeführt werden dürfen. Der Beklagte habe ferner versucht, Herrn A W zum neuen Geschäftsführer einzusetzen, obwohl dieser in der Vergangenheit gesellschaftsfeindliches Verhalten gezeigt habe und zu befürchten sei, dass er die ihm verschaffte Position als Geschäftsführer nutzen würde, um u.a. aus diesem Anlass geführte Rechtstreitigkeiten zu manipulieren und begangene 7

Straftaten zu vertuschen. A W habe unberechtigt die Kündigung des Mietvertrages über die – unstreitig – von ihm an die Klägerin zu 1) vermieteten Geschäftsräumlichkeiten erklärt, um damit die Existenzgrundlage des klägerischen Unternehmen zu vernichten. Überdies habe A W – auch insoweit unstreitig – einen Teil der Parkplatzfläche des Betriebsgrundstücks einem Wettbewerbsunternehmen mietweise überlassen, das dort in einem Container ein Gemüsegeschäft betrieben habe. A W habe ferner in den Geschäftsräumlichkeiten der Klägerin zumindest vorübergehend selbst ein Konkurrenzunternehmen eingerichtet und dort zu Lasten der Klägerin sich auswirkende Geschäftsvorgänge betrieben. Der Beklagte müsse sich diese Verhaltensweisen des A W zurechnen lassen. Z W wiederum habe der Klägerin zu 1) erheblichen Schaden zugefügt, indem er sich mit der Behauptung, die Gesellschaft sei zahlungsunfähig, an deren Lieferanten gewandt und letztere zur Unterzeichnung einer das Ende der Zusammenarbeit mit der Klägerin zu 1) ankündigenden vorformulierten Erklärung aufgefordert habe. Darüber hinaus habe Z W sich – unter Einschaltung und Mithilfe seines seinerzeit bei der Klägerin zu 1) als Kassierer tätigen Sohnes V W - in den Jahren 2002 und 2003 regelmäßig neben seinem Gehalt erhebliche Beträge auszahlen lassen, auf die er keinen Anspruch gehabt habe. Er habe diese Beträge, die insgesamt die Summe von rd. 980.000,00 € erreicht hätten, für seine private Lebensführung und dafür verwandt, um nach eigenem Gutdünken hieraus Darlehen an Dritte zu vergeben.; überdies habe er auf den Namen der Klägerin einen PKW Ferrari zu seinem Privatgebrauch gekauft.

Die Kläger haben folgenden Antrag gestellt: 8

> Der Beklagte wird als Gesellschafter aus der im Handelsregister des Amtsgerichts Köln unter HRB #### eingetragenen B P N GmbH ausgeschlossen. 9
>
> Auf Antrag des Beklagten hat die Klägerin zu 1) innerhalb eines Zeitraums von höchstens 6 Monaten nach Rechtskraft an den Beklagten eine Abfindung in Höhe von 256.832,20 € zu zahlen. Die Klägerin wird, ggfls. nach Zahlung der Abfindung, für befugt erklärt, nach ihrer Wahl die Einziehung und die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten an sich oder an einen Mitgesellschafter herbeizuführen. 10

Der Beklagte hat beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

Nach der Behauptung des Beklagten sei allen Mitgesellschaftern von Anfang an bekannt gewesen, dass er seine Gesellschafterstellung als Treuhänder des Z W erlangt habe und wahrnehme. Letzterer sei zudem nicht nur sein, des Beklagten, Treugeber, sondern überdies auch Treugeber aller anderen Gesellschafter der Klägerin zu 1). Mit der dem letztgenannten Treuhandverhältnis zugrundliegenden Abrede habe dem Umstand Rechnung getragen werden sollen, dass Z W, der lediglich aus steuerlichen und wirtschaftlichen Erwägungen nicht selbst als Gesellschafter in Erscheinung habe treten wollen, den wesentlichen Beitrag zum Aufbau und wirtschaftlichen Erfolg des klägerischen Unternehmens geleistet habe. Aber auch die von den Klägern im übrigen angeführten Ausschlussgründe entbehrten der Grundlage und seien nicht geeignet, seinen Ausschluss aus der Gesellschaft zu rechtfertigen. Er, der Beklagte, habe niemals eine Summe von 43.500,00 € erhalten. Was die Gewinnausschüttung in Höhe von 76.570,00 € angehe, so habe dieser Betrag der durch die Gesellschafter getroffenen Festsetzung entsprochen. Er habe die genannte Summe auch nicht selbst vereinnahmt, sie sei vielmehr an Z W, der immer als "Chef" des Unternehmens fungiert und gehandelt habe, geflossen und von diesem an Mitarbeiter der Klägerin zu 1) als Leistungsprämien verteilt worden. Was das durch A W betriebene Unternehmen angehe, so habe dies der Unterstützung der Klägerin zu 1) gedient, die anfänglich nach ihrer Gründung 13

Schwierigkeiten gehabt habe, sich in ausreichendem Umfang mit Waren aus Griechenland einzudecken; das Unternehmen sei niemals in Wettbewerb zur Klägerin zu 1) getreten. Die klägerseits im übrigen behaupteten unberechtigten Kassenentnahmen seien nicht erfolgt. Die in erheblich niedriger Höhe durch V W vorgenommenen Auszahlungen hätten der Abgeltung bestehender Lohnansprüche sowohl seiner eigenen Person als auch der von Z und A W gedient. Bei der Würdigung der Frage, ob seine, des Beklagen, Ausschließung aus der Gesellschaft berechtigt sei, müsse überdies berücksichtigt werden, dass anderen Gesellschaftern aus dem "Stamm B" ebenfalls ein gesellschaftswidriges Verhalten anzulasten sei, das dem seinerseits angeblich gezeigten jedenfalls gleichwertig sei, indessen nicht die Folge eines Ausschlusses nach sich gezogen habe. So habe der Gesellschafter L B unberechtigt einen Betrag von 50.000,00 DM aus der Kasse entnommen, um damit die Anschaffung eines Jeeps zum privaten Gebrauch zu finanzieren. Der Gesellschafter T B habe ein den Z W porträtierendes Ölgemälde unter Vornahme von eine Bedrohung symbolisierenden Handlungen zerstört. Ein den Mitgesellschaftern B durch Z W zum Zwecke des Aufbaus eines eigenen Geschäfts in E gewährter Kredit in Höhe von 200.000,00 € sei bis heute nicht zurückgezahlt.

Das Landgericht hat über die im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern B und Z W behauptete Treuhandabrede Beweis erhoben und die Ausschlussklage sodann in dem angefochtenen Urteil abgewiesen. Zur Begründung dieser Entscheidung, auf welche wegen der zugrundegelegten Tatsachen sowie der rechtlichen Wertung Bezug genommen wird, hat es ausgeführt, dass dem Ausschluss zwar nicht die vorbezeichnete Treuhandabrede entgegengehalten werden könne, deren Bestehen der Beklagte nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht habe beweisen können. Indessen lägen auf Seiten des Beklagten keine Umstände vor, die einen seinen Ausschluss rechtfertigenden wichtigen Grund begründen könnten. Gleiches gelte, soweit ein ihm zurechenbares Verhalten seines Treugebers Z W in Rede stehe. Selbst wenn den Mitgesellschaftern des Beklagten das insoweit bestehende Treuhandverhältnis erst infolge des anwaltlichen Vermerks bekannt geworden sein sollte, so sei doch nicht nachvollziehbar gemacht, dass sie den Beklagten als bloßen Treuhänder des Z W, von dessen praktischer Funktion und Agieren als "Chef" des klägerischen Unternehmens auszugehen sei, nicht akzeptiert hätten. Im übrigen reichten weder die dem Beklagten selbst noch den Herren Z und A W angelasteten Verhaltensweisen aus, um den Ausschluss des Beklagten aus der Gesellschaft begründen zu können. Die dem Beklagten selbst vorgeworfene Barentnahme in Höhe von 43.500,00 € sei nicht hinreichend substantiiert. Was die Gewinnausschüttung in Höhe von 76.570,00 € sowie die angeblich unberechtigten Entnahmen durch Herrn Z W angehe, sei der Vortrag der Kläger teilweise wechselnd und als unschlüssig einzuordnen; hinsichtlich der Gewinnausschüttung habe der Beklagte im einzelnen dargelegt, dass dieser Betrag entsprechend der bisherigen, auch von dem Kläger zu 2) geduldeten Entnahmepraxis auf Veranlassung des Herrn Z W ausgezahlt und in unterschiedlicher Stückelung als Leistungsprämie an Mitarbeiter der Klägerin zu 1) weitergeleitet worden sei. Dem seien die Kläger nicht mehr im Einzelnen entgegengetreten. Die durch Z W praktizierte Darlehensvergabe habe dessen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erwiesener damaliger, das operative Geschäft der Klägerin faktisch beherrschender Funktion entsprochen und trage daher einen Ausschluss des Beklagten aus der Gesellschaft nicht. Im Ergebnis Gleiches gelte hinsichtlich des Kaufs eines PKWs Ferrari durch Herrn Z W; der Kläger zu 2) selbst habe den Kaufvertrag über den Ankauf des zunächst zu einem erheblich höheren Preis zu Lasten der Gesellschaft erworbenen PKWs durch Z W unterzeichnet. Der "Boykottaufruf" des Herrn Z W gegenüber Lieferanten der Klägerin zu 1) sowie die Kündigung des Mietvertrages durch Herrn A W seien zwar als solche jeweils gesellschaftsschädlich und grundsätzlich geeignet, einen Ausschlussgrund zu begründen. Indessen müssten diese Maßnahmen im Kontext mit dem heftigen Streit um die 14

Vorherrschaft in der Klägerin und der vorangegangenen Kündigungen der Anstellungsverhältnisse der Herren A, V und Z W gewürdigt werden, zumal letzterer hinsichtlich des Boykottaufrufs eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung abgegeben habe. Das lasse sowohl den Boykottaufruf als auch ferner die Kündigung des Mietverhältnisse und die Erhebung der Räumungsklage durch A W in einem "milderen Licht" erscheinen, so dass hierauf der Ausschluss des Beklagten aus der Gesellschaft nicht gestützt werden könne. Im Ergebnis Gleiches gelte hinsichtlich des Betreibens eines Konkurrenzunternehmens durch A W sowie die durch diesen erfolgte Vermietung eines Teils der Parkplatzfläche an einen Wettbewerber der Klägerin zu 1). Unabhängig davon, dass das Verhalten des A W dem Beklagten jedenfalls nicht zugerechnet werden könne, sei nur schwer nachvollziehbar, dass diese zeitlich erheblich zurückliegenden Vorgänge den Mitgesellschaftern B, darunter namentlich dem geschäftsführenden Kläger zu 2), nicht bekannt geworden seien.

Mit ihrer gegen dieses Urteil gerichteten Berufung machen die Kläger geltend, dass die angefochtene Entscheidung sowohl in formaler Hinsicht fehlerhaft ergangen sei als auch an materiellen Fehlern leide: Mit Blick auf den – unstreitigen - Wechsel des Vorsitzenden der erstinstanzlich entscheidenden Kammer für Handelssachen rügen die Kläger, dass ihnen der gesetzliche Richter entzogen worden sei (Bl. 962 d.A.). Das Landgericht habe überdies ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Es habe bei seiner Würdigung beachtliche Beweisangebote der Kläger übergangen und eigene, im Sachvortrag der Kläger keine Stütze findende, nicht nachvollziehbare tatsächliche Wertungen zugrundegelegt. Soweit das Landgericht in dem angefochtenen Urteil das Bestehen einer Treuhandabrede im Verhältnis zwischen dem Beklagten und Z W als unstreitig dargestellt und behandelt habe, ignoriere das ihr, der Kläger, ausdrückliches Bestreiten des Existenz einer solchen Treuhandvereinbarung. Die erstinstanzliche Entscheidung weise dabei auch eine Widersprüchlichkeit auf, da die Treuhandvereinbarung, über deren Bestand Beweis erhoben wurde, sich nach den Ausführungen des Landgerichts aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme nicht habe feststellen lassen (Bl. 963 d.A.). Bei seiner rechtlichen Beurteilung habe das Landgericht im übrigen den mit Blick auf § 4 des Gesellschaftsvertrages vorgebrachten Beanstandungen der angeblichen Treuhandabrede zwischen dem Beklagten und Z W nicht hinreichend Rechnung getragen bzw. diese überhaupt nicht in seine Würdigung einbezogen. Der Beklagte habe überdies Vollmachten an Dritte – konkret seine erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten und Herrn Z W – erteilt, mit denen seine Gesellschafterrechte letztlich auf diese übertragen würden, was ebenfalls dem in § 4 des Gesellschaftsvertrages festgeschriebenen Vinkulierungsgebot widerspreche und seinen Ausschluss aus der Gesellschaft stütze (Bl. 972 d.A.). Zu Unrecht sei das Landgericht bei seiner Beurteilung ferner davon ausgegangen, dass Z W als "Chef" des klägerischen Unternehmens fungiert und agiert habe; soweit es diese Beurteilung auf der Grundlage der Aussage des Zeugen U gewonnen habe, sei diese zu einem anderen Beweisthema erfolgte Aussage des Zeugen zu Unrecht verwertet worden und habe das Landgericht insoweit seine Hinweis- und Aufklärungspflicht verletzt (Bl. 967 d.A.). Letzteres gelte ebenfalls, soweit das Landgericht ihren, der Kläger, Vortrag betreffend die Barauszahlung des Betrages in Höhe von 43.500,00 € an den Beklagten als nicht hinreichend substantiiert und ihren Vortrag betreffend die Entnahmen durch Z W als nicht ausreichend eingeordnet habe. Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht schließlich auch verneint, dass der Beklagte sich das Verhalten des A W zurechnen lassen muss. 15

Die Kläger haben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat schließlich den Mangel der Prozessvollmacht des zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Beklagten im Hinblick darauf gerügt, dass der Beklagte – unstreitig – mit notarieller Urkunde vom 02.05.2006, hinsichtlich deren Inhalts im einzelnen auf die Anlage zu dem Schriftsatz der Kläger vom 16

22.03.2007 (Bl. 1407 ff d.A.) Bezug genommen wird, seinen Geschäftsanteil auf Herrn Z W übertragen habe. Überdies seien – was ebenfalls unstreitig ist - die den erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Beklagten am 14.01.2006 erteilte Generalvollmacht ebenso wie eine Herrn Z W am 02.05.2006 erteilte "Spezialvollmacht" in zwei zwischenzeitlich vorliegenden Urteilen des Landgerichts Köln jeweils für unwirksam erklärt worden.

Der Senat hat daraufhin den zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Beklagten nach Maßgabe von § 89 ZPO einstweilen zur Prozessführung zugelassen und ihm eine Frist gesetzt, zu seiner Bevollmächtigung vorzutragen. 17

Die Kläger stellen folgenden Antrag: 18

> Unter Aufhebung des angefochtenen Urteils den Beklagten als Gesellschafter aus der im Handelsregister des Amtsgerichts Köln unter HRB #### eingetragenen B P N GmbH auszuschließen. Auf Antrag des Beklagten hat die Klägerin zu 1) innerhalb eines Zeitraums von höchstens 6 Monaten nach Rechtskraft an den Beklagten eine Abfindung in Höhe von 256.832,20 € zu zahlen. Die Klägerin wird, ggf. nach Zahlung der Abfindung für befugt erklärt, nach ihrer Wahl die Einziehung und die Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten an sich oder an einen Mitgesellschafter herbeizuführen, 19
>
> hilfsweise, 20
>
> den Rechtstreit zur erneuten Verhandlung und Sachaufklärung an das Landgericht Köln zurückzuverweisen. 21

Der Beklagte beantragt, 22

die Berufung zurückzuweisen. 23

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, in dem das Landgericht die Ausschlussklage zu Recht mangels Vorliegens eines den Ausschluss aus der Gesellschaft rechtfertigenden wichtigen Grundes abgewiesen habe. Dieses Ergebnis sei hinsichtlich des Klägers zu 2) zudem schon deshalb zutreffend, weil er für die Ausschlussklage nicht aktivlegitimiert, insgesamt im übrigen aber auch deshalb, weil ein Gesellschafterbeschluss über die Erhebung der Ausschlussklage nie gefasst worden sei (Bl. 1135 d.A.). 24

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten im Vorbringen der Parteien wird auf ihre in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen sowie auf ihre nach Schluss der mündlichen Verhandlung über die Berufung eingereichten nachgelassenen Schriftsätze – ebenfalls jeweils nebst Anlagen - Bezug genommen. 25

B. 26

Die – zulässige – Berufung ist in der Sache ohne Erfolg. 27

I. 28

Der durch den Senat gemäß § 89 Abs. 1 Satz 1 ZPO einstweilen zur Prozessführung zugelassene, als Prozessbevollmächtigter des Beklagten aufgetretene Rechtsanwalt Dr. I hat seine Prozessvollmacht nachgewiesen mit der Folge, dass seine für den Beklagten vorgenommenen Prozesshandlungen wirksam sind und insgesamt – wie geschehen – durch kontradiktorisches Sachurteil zu entscheiden ist. 29

30

Dabei bedarf es nicht der Feststellung, ob die von Rechtsanwalt Dr. I vorgelegte, auf den 01.03.2007 datierte Originalvollmacht echt ist bzw. – was die Kläger in Zweifel ziehen – die Unterschrift des Beklagten trägt und daher, sollte Rechtsanwalt Dr. I bisher ohne Vollmacht gehandelt haben, als eine die bisherige Prozessführung i. S. von § 89 ZPO genehmigende Erklärung des Beklagten gewertet werden könnte. Es kann ferner offen bleiben, ob die das Datum des 27.02.2007 tragende weitere Vollmachtsurkunde, der gegenüber die Kläger den Einwand der fehlenden Erkennbarkeit des Ausstellers rügen und deren Echtheit sie ebenfalls bestreiten (Bl. 1514 d. A.) zum Nachweis der Prozessvollmacht geeignet ist. Das ist hier deshalb nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung, weil Rechtsanwalt Dr. I seine Vollmacht, den Beklagten in der Berufungsinstanz als Prozessbevollmächtigter zu vertreten, jedenfalls wirksam von den den Beklagten in erster Instanz vertretenden Prozessbevollmächtigen des Beklagten, den Rechtsanwälten M & C, erlangt hat.

Gemäß § 81 ZPO ermächtigt die Prozessvollmacht u.a. zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen. Eine solche Bevollmächtigung des Rechtsanwalts Dr. I liegt hier vor. Nach dem - in Kopie vorgelegten – nicht unterzeichneten Schreiben der Rechtsanwälte M & C vom 28.02.2007 (Bl. 1348 f d. A.) wurde Rechtsanwalt Dr. I unter Hinweis u.a. auf dessen vorher erfolgte Annahme des Mandats sowie die gegenüber dem Senat vorgenommene Mitteilung des Umstandes, dass die Rechtsanwälte M & C den Beklagten in der Berufung nicht mehr vertreten, "...ausdrücklich und der guten Ordnung halber Prozessvollmacht zur Vertretung..." des Beklagten in der Berufung erteilt. Damit korrespondiert das prozessuale Verhalten: Nachdem sich die Rechtsanwälte M & C mit Schriftsatz vom 07.02.2006 zunächst selbst für die Berufungsinstanz zu Prozessbevollmächtigten des Beklagten bestellt hatten (Bl. 900 d.A.), haben sie die Vertretung des Beklagten mit Blick auf die dem Senat zwischenzeitlich angezeigte Bestellung des Rechtsanwalts Dr. I (vgl. dessen Schriftsatz vom 22.02.2006, Bl. 902 d.A.) mit Schriftsatz vom 28.02.2006 (Bl. 903 d.A.) für die Berufungsinstanz sodann niedergelegt. Die dargestellten Umstände reichen in ihrer Gesamtheit aus, um die seitens der Rechtsanwälte M & C vorgenommene Bevollmächtigung des Rechtsanwalts Dr. I zum Prozessbevollmächtigten des Beklagten in der Berufung nachzuweisen. Dass das Rechtsanwalt Dr. I zum zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigen des Beklagen bevollmächtigende Schreiben der Rechtsanwälte M & C vom 28.02.2007 keine Unterschrift trägt, ist dabei unschädlich. Gem. § 80 Abs. 1 ZPO hat der Prozessbevollmächtigte seine Vollmacht zwar schriftlich nachzuweisen, wobei die Schriftform grundsätzlich das Erfordernis einer (eigenhändigen) Unterschrift umfasst. Selbst bei bestimmenden Schriftsätzen, namentlich Rechtsmittelbegründungen, hat die höchstrichterliche Rechtsprechung indessen Ausnahmen zugelassen (vgl. BGH Z 97, 283/285; BGH Z (GS) 144, 160; BGH, NJW 2005, 2086 f; BGH, NJW 2006, 1521 f; BFH, BB 1987, 2012 – jeweils m. w. Nachw.). Wenn aber sogar bei bestimmenden Schriftsätzen Ausnahmen von dem Unterschriftserfordernis zugelassen werden können, so muss das erst Recht für die Erteilung einer Vollmacht gelten, die prozessual von geringerer Bedeutung ist (vgl. BFH, a.a.O.). Das Unterschriftserfordernis ist kein Selbstzweck. Es soll gewährleisten, dass aus dem Schriftstück der Inhalt der Erklärung, die abgegeben werden soll, und die Person, von der sie ausgeht, hinreichend zuverlässig entnommen werden können; außerdem muss feststehen, dass es sich bei dem Schriftstück nicht nur um einen Entwurf handelt, sondern dass es mit Wissen und Willen des Ausstellers in den Verkehr gelangt ist. Das Fehlen einer Unterschrift kann deshalb bei Vorliegen besonderer Umstände ausnahmsweise unschädlich sein, wenn sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Willen ergibt, das Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen. (BGH, a.a.O.). Das aber ist nach den vorstehenden, prozessual dokumentierten Umständen hier der Fall. Nach diesen steht nicht nur fest, dass Rechtsanwalt Dr. I als zweitinstanzlicher Prozessbevollmächtigter 31

des Beklagten durch die Rechtsanwälte M & C beauftragt und Vollmacht erteilt werden sollte, sondern auch, dass diese, in dem Schreiben vom 28.02.2007 formulierte Erklärung tatsächlich von Rechtsanwalt Dr. M in der Sozietät M & C stammt und von ihm verantwortlich in den Rechtsverkehr gebracht worden ist.

Die Rechtsanwalt Dr. I mit der zweitinstanzlichen Prozessvertretung des Beklagten beauftragenden vollmachtserteilenden Rechtsanwälte M & C waren dabei auch ihrerseits wirksam zu erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Beklagten eingesetzt. Auf die Wirksamkeit der Herrn Rechtsanwalt Dr. M durch den Beklagten am 14.01.2006 erteilten Generalvollmacht (Bl. 1351 f d.A.) sowie ferner die Herkunft und Authentizität des in erkennbar anderem Schrifttyp in die Vollmacht vom 09.01.2004 (Bl. 1353 d.A.) eingefügten maschinenschriftlichen Zusatzes kommt es hierfür nicht an. Der Beklagte hat jedenfalls mit der unter dem Datum des 11.08.2005 erteilten Vollmacht (Bl. 1350 d.A.), in der u.a. das vorliegende Verfahren erwähnt ist, die Prozessführung der sich mit Schriftsatz vom 19.02.2004 (Bl. 25 ff d..A.) in erster Instanz zu Prozessbevollmächtigten des Beklagten bestellenden Rechtsanwälte M & C legitimiert, so dass diese auch weiterhin als seine Prozessbevollmächtigten agierten. Der beklagtenseits eingewandte Umstand (Bl. 1515 d. A.), dass sich das in der bezeichneten Vollmacht u. a. erwähnte Treuhandverhältnis zwischen einerseits dem Beklagten und andererseits Z W wegen Umgehung des in § 4 der Satzung formulierten Vinkulierungsgebotes als gesellschaftsvertragsvertragswidrig darstelle, macht diese Rechtsanwalt Dr. M erteilte Vollmacht des Beklagten nicht unwirksam. Dessen Bevollmächtigung, den Beklagten in "...gegen..." ihn "....eingeleiteten Prozessen zu vertreten und..." seine "...Rechte und Pflichten wahrzunehmen", begründet nicht die umfassende Befugnis zur Ausübung gesellschaftsbezogener Rechte, mit denen materiell die einem Gesellschafter zustehenden Mitwirkungs- und Gestaltungsmöglichkeiten einem Dritten eingeräumt werden. Es wird vielmehr lediglich eine auf den sachlich begrenzten Bereich der Prozessvertretung bezogene Befugnis eingeräumt, den Beklagten in gegen ihn als Gesellschafter der Klägerin zu 1) geführten Prozessen zu vertreten und in dieser Eigenschaft für ihn Rechte und Pflichten wahrzunehmen. Der Umstand, dass allein Rechtsanwalt Dr. M mit der daher wirksam unter dem 11.08.2005 erteilten Vollmacht bevollmächtigt wurde, den Beklagten in gegen ihn eingeleiteten Prozessen zu vertreten, steht der Vollmacht der für den Beklagten im vorliegenden Prozess aufgetretenen Sozietät M & C nicht entgegen. In der Regel umfasst die dem Anwalt einer Sozietät erteilte Vollmacht auch die Bevollmächtigung der anderen Anwälte der Sozietät, andernfalls die durch die Entgegennahme des Mandats durch nur einen Anwalt der Sozietät regelmäßig mitverpflichteten Sozien (vgl. BGH Z 56, 359 f) nicht tätig werden könnten. Im Streitfall kommt hinzu, dass – wie dem Senat aus diversen, in der Berufung zu ihm gelangten Verfahren zwischen u. a. den auch hier beteiligten Parteien bekannt ist - der Beklagte sich in Streitigkeiten mit seinem Mitgesellschaftern und der Klägerin ebenfalls durch die Sozietät M & C vertreten ließ, was zusätzlich dafür spricht, dass die Herrn Rechtsanwalt Dr. M am 11.08.2005 erteilte Vollmacht die prozessuale Vertretung durch die Sozietät M & C und nicht lediglich durch Herrn Rechtsanwalt Dr. M umfasst. 32

II. 33

Soweit die Kläger gegen die Person des entscheidenden Vorsitzenden Richters am Landgericht Einwendungen vorbringen und monieren, dass nicht der vorher mit der Sache befasst gewesene Vorsitzende weiterhin beteiligt geblieben ist, vermögen sie damit nicht durchzudringen. Der stattgefundene Wechsel des Vorsitzenden verletzt nicht den Anspruch der Kläger auf den gesetzlichen Richter. Dass der an der angefochtenen Entscheidung beteiligte Vorsitzenden Richter am Landgericht nach dem geltenden Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts nicht zuständig und zur Verhandlung und 34

Entscheidung berufen gewesen wäre, bringen die Kläger nicht vor. Der in diesem Zusammenhang von ihnen allein angesprochene Umstand (vgl. Bl. 962 d.A.), dass der Wechsel des Vorsitzenden Richters nach dem in erster Instanz stattgefundenen Termin am 28.09.2004 zum 01.03.2005 im laufenden Geschäftsjahr beschlossen worden sei (vgl. Bl. 327 d.A.), rechtfertigt nicht die Annahme des Entzugs des gesetzlichen Richters. Gemäß § 21 e Abs. 3 GVG ist unter den dort genannten Voraussetzungen die Änderung des beschlossnen Geschäftsverteilungsplanes auch während des laufenden Geschäftsjahres möglich. Dass diese Voraussetzungen hier nicht vorlagen, lässt sich weder dem Vortrag der Kläger entnehmen noch ergeben sich aus dem Sachverhalt im übrigen hierauf hinweisende Anhaltspunkte. Dass der von den Klägern vertretene Standpunkt, der vorher mit der Sache befasste Vorsitzende sei bereits intensiv in die Sache eingearbeitet gewesen, nicht den Einwand des Entzugs des gesetzlichen Richters zu begründen vermag, liegt auf der Hand und bedarf nicht der näheren Begründung.

III. 35

Das Landgericht hat die auf den Ausschluss des Beklagten als Gesellschafter der Klägerin zu 1) gerichtete Gestaltungsklage, die neben dem insoweit erforderlichen Gesellschafterbeschluss zur Durchführung der Ausschließung zu erheben war (vgl. Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., Anh. § 34 Rdn. 8 f), zu Recht abgewiesen. 36

1. 37

Dabei kann es dahinstehen, ob - womit der Beklagte erstmals in der Berufung die sachliche Klageabweisung zu erreichen sucht - die Klage bereits wegen des Fehlens eines allerdings noch im Berufungsstadium nachholbaren (BGH, DStR 2004, 1755/1756) Beschlusses über die Erhebung der Ausschlussklage unbegründet ist, so dass es nicht der Feststellung bedarf, ob die Gesellschafter B am 17.12.2003 einen zumindest inzident die Erhebung der Ausschließungsklage umfassenden Beschluss über die Ausschließung des Beklagten aus der Gesellschaft gefasst haben. Ebenfalls nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung ist die weitere Frage, ob der Kläger zu 2) als geschäftsführender Mitgesellschafter für die Erhebung der Ausschlussklage aktivlegitimiert ist. Nur am Rande sei daher ausgeführt, dass letzteres zu verneinen wäre. Die Ausschlussklage ist namens der Gesellschaft durch den Geschäftsführer zu erheben (vgl. BGH Z 16, 317/322; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., Anh. § 34 Rdn. 8 ; Scholz/Winter, GmbHG, 9. Auflage, § 15 Rdn. 139 – jeweils m. w. Nachw.). Bei der zweigliedrigen GmbH wird mit Blick auf die besondere Interessenlage und aus Praktikabilitätsgründen zwar auch der andere Gesellschafter als aktivlegitimiert angesehen; ein Anlass, diese Ausnahme auf die mehrgliedrige Gesellschaft zu übertragen, besteht jedoch weder generell noch hier im Besonderen: Gesichtspunkte der Praktikabilität, die bei der Zweipersonen-Gesellschaft namentlich dann berührt sind, wenn der auszuschließende Gesellschafter Geschäftsführer ist, gebieten im vorliegenden Fall nicht die Erhebung der Ausschlussklage durch den Kläger zu 2) in eigener Person. Da der Beklagte als von dem Ausschluss betroffener Gesellschafter nicht Geschäftsführer ist, ist die Vertretung der Gesellschaft im vorliegenden Fall vielmehr auch angesichts des Gegenstandes der Klage ohne weiteres gewährleistet. Auch der weitere Aspekt, dass der Konflikt unter den eigentlich Betroffenen ausgetragen werden soll, vermag im Streitfall die Aktivlegitimation des Klägers zu 2) nicht zu begründen. In den sich in der streitgegenständlichen Ausschließung niederschlagenden Konflikt sind über den Kläger und den Beklagten hinaus weitere Mitglieder der Familiengruppierungen B und W involviert, so dass selbst bei Einbeziehung des Klägers zu 2) als Partei in diesen Rechtstreit der Konflikt nicht unter den davon letztlich Betroffenen ausgetragen wurde. Das alles ist hier jedoch nicht 38

entscheidungsrelevant, weil die Ausschlussklage jedenfalls wegen des Fehlens eines die Ausschließung des Beklagten materiell rechtfertigenden wichtigen Grundes unbegründet ist, das Landgericht die Klage daher zu Recht abgewiesen hat.

2. 39

Ein Gesellschafter kann beim Vorliegen eines wichtigen, in seiner Person liegenden Grundes aus der GmbH ausgeschlossen werden. Ein solcher wichtiger Grund liegt vor, wenn den übrigen Gesellschaftern die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem betreffenden Mitglied infolge seines Verhaltens oder seiner Persönlichkeit nicht mehr zuzumuten ist, seine weitere Mitgliedschaft also den Fortbestand der Gesellschaft unmöglich macht oder doch ernsthaft gefährdet (h. M.; vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., Anh. § 34 Rdn. 3 m. w. Nachw.). Die Ausschließung erfordert eine umfassende Prüfung und Abwägung aller Umstände, die zu berücksichtigen haben, dass – was letztlich Ausfluss der Treuepflicht der Gesellschafter ist - die Ausschließung nur das letzte und äußerste Mittel darstellt, wenn keine weniger einschneidende Möglichkeit zur Beseitigung des Missstandes besteht (BGH Z 16, 317/222; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., Anh. § 34 Rdn. 6 m. w. Nachw.). Bei der nach Maßgabe dieser Kriterien vorzunehmenden Beurteilung eines die Ausschließung rechtfertigenden wichtigen Grundes ist grundsätzlich auf die Person des betroffenen Gesellschafters und nicht auf das Verhalten außenstehender Personen abzustellen. Das gilt auch im Fall der Treuhand, bei der die Person des Treuhänders und dessen Verhalten maßgeblich sind. In einer Situation der Treuhand kann dies allerdings in bezug auf den Treugeber der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung dann anders liegen, wenn und solange er die Möglichkeit hat, aus dem Hintergrund auf die gesellschaftlichen Verhältnisse einzuwirken und/oder an Stelle des Treuhänders wieder in die Gesellschaft einzutreten (BGH Z, 32, 17/33; OLG München, BB 1997, 491; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., Anh. § 34 Rdn. 5 und 1 Rdn. 43 – jeweils m. w. Nachw.). 40

Der am 17.12.2003 angeblich beschlossene Ausschluss des Beklagten lässt sich nach diesen Maßstäben nicht rechtfertigen. Die von den Klägern geltend gemachten Gründe tragen weder jeweils für sich allein noch in ihrer Gesamtwürdigung die Ausschließung des Beklagten aus der Gesellschaft. 41

a) 42

Aus dem Verhalten des Beklagten selbst ergibt sich kein die Ausschließung als ultima ratio rechtfertigender wichtiger Grund. 43

aa) 44

Soweit die Kläger das angebliche Verheimlichen der Treuhändereigenschaft des Beklagten anführen, lässt sich hierauf die Ausschließung nicht stützen. 45

Allerdings trifft es zu, dass – wie die Kläger dies mit ihrem Rechtsmittel rügen - das Bestehen einer Treuhandbeziehung zwischen einerseits dem Beklagten und andererseits Z W in dem Tatbestand des angefochtenen Urteils zu Unrecht als unstreitig dargestellt ist. Die Kläger haben die Treuhandstellung des Beklagten für Z W in erster Instanz bestritten (Bl. 196 d.A.). Soweit es daher im Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 2, letzter Absatz) als unstreitig dargestellt ist, dass der Beklagte seinen Gesellschaftsanteil von 52 % treuhänderisch für Z W hält, gibt das den Parteivortrag nicht zutreffend wieder. Im Ergebnis bleibt das jedoch ohne Auswirkungen, weil für die rechtliche Beurteilung vom Bestehen einer solchen Treuhandvereinbarung auszugehen ist. Denn auch wenn die Kläger eine solche 46

Treuhandvereinbarung bestritten haben, so ist dieses Bestreiten als unbeachtlich zu bewerten und das Vorhandensein einer Treuhandabrede im Verhältnis zwischen dem Beklagten und Z W als unstreitig zu behandeln. Die Kläger verhalten sich widersprüchlich, soweit sie bestreiten, dass der Beklagte seinen Geschäftsanteil treuhänderisch für Z W. hält: Zum einen leiten sie aus dem Verschweigen einer solchen Treuhänderstellung, die sie teilweise – woraus sich sachlich allerdings kein Unterschied ergibt - als "Strohmanneigenschaft" bezeichnen, einen die Ausschließung ihrer Ansicht nach rechtfertigenden wichtigen Grund her. Zum anderen stellen sie u.a. auch auf sich aus der Person und dem Verhalten des Z W ergebende Gründe ab, um die Ausschließung des Beklagten zu rechtfertigen, da letzterer sich diese in bezug auf Z W geltend gemachten Gründe eben wegen seiner Treuhänderstellung zurechnen lassen müsse. Sie leiten überdies aus der Vereinbarung der Treuhand im Verhältnis zwischen Z W und dem Beklagten eine Umgehung des in § 4 des Gesellschaftsvertrages formulierten Vinkulierungsgebots her, die ihrer Ansicht nach bereits als solche eine die Ausschließung tragende schwerwiegender Verfehlung des Beklagten darstelle. Die aufgezeigten prozessualen Standpunkte lassen sich aber nur mit einer existierenden Treuhänderstellung des Beklagten für Z W vereinbaren und widersprechen daher dem Bestreiten einer solchen Abrede. Letzteres ist daher unsubstanttiert und aus diesem Grund unbeachtlich. Die Kläger, die im Termin zur mündlichen Verhandlung durch den Senat ausdrücklich auf die vorstehende Widersprüchlichkeit ihres Vortags und die sich daraus ergebende prozessuale Folge hingewiesen wurden, haben auch nicht etwa erklärt, die letztgenannten Gesichtspunkte lediglich hilfsweise – für den Fall, dass die bestrittene Treuhandbeziehung zwischen dem Beklagten und Z W doch bestehen sollte – geltend zu machen. Für die prozessuale Position der Kläger wirkt es sich schließlich auch nur günstig aus, dass das Landgericht die Treuhänderstellung des Beklagten für Z W als feststehend behandelt hat, da es sich aus diesem Grund mit den daraus hergeleiteten Ausschlussgründen auseinandergesetzt hat. Dass dies nicht mit dem von den Klägern erstrebten Ergebnis geschehen ist, ändert daran nichts. Soweit die Kläger in diesem Zusammenhang weiter einwenden, das Landgericht habe sich seinerseits widersprüchlich verhalten, soweit es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zwar die beklagtenseits behauptete Treuhandvereinbarung, wonach auch die Brüder B ihre Gesellschafterstellung nur als Treuhänder des Z W erhalten hätten, als nicht bewiesen, es andererseits aber als unstreitig erachtet habe, dass der Beklagte Treuhänder des Z W sei, überzeugt das nicht. Die beiden Treuhandvereinbarungen sind verschieden und auch als selbständige Abreden nachvollziehbar. Während es bei der Treuhandbeziehung zwischen dem Beklagten und Z W darum geht, dem angeblich tatsächlichen Firmenchef Z W bzw. der angeblich in seiner Person verkörperten Leistung der "Aufbaugeneration" eine gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeit zu sichern, soll es sich bei der erstgenannten Abrede um die familieninterne "Weitergabe" der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen an die nächste Generation innerhalb des "W"-Stammes handeln.

Ist danach aber das Bestehen der Treuhandabrede zwischen dem Beklagten und Z W als unstreitig zu behandeln und der rechtlichen Wertung zugrunde zu legen, stellt weder ihre Existenz noch ihr Verschweigen durch den Beklagten einen Umstand dar, aus dem der Gesellschaft ein schwerwiegender Schaden entstehen kann, der als ultima ratio den Ausschluss des Beklagten erfordert. Das gilt selbst dann, wenn – wie die Kläger das behaupten – der Treugeber die Vorherrschaft in der Familie für sich selbst oder seine beiden Söhne anstreben sollte. Weder aus der Treuhänderstellung selbst noch aus deren angeblichen Verschweigen lässt sich eine den Ausschluss tragende Erschütterung des Fortbestandes der Gesellschaft herleiten. § 4 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages legt zwar fest, dass die Veräußerung eines Geschäftsanteils oder eines Teils hiervon nur mit 47

Zustimmung der Gesellschafter zulässig ist. Es kann weiter unterstellt werden, dass sich diesem Vinkulierungsgebot eine Beschränkung dahin entnehmen lässt, dass davon auch die Wahrnehmung der Gesellschafterstellung als Treuhänder für einen anderen erfasst ist, dem damit ggf. gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten eingeräumt werden könnten (vgl. OLG Frankfurt am Main, DB 1992, 2489). Der Ausschluss des Treuhänders stellt aber jedenfalls in dieser Situation nicht die ultima ratio dar, mit dem auf die Verletzung des Vinkulierungsgebot zu reagieren ist. Spätestens mit dem Bekanntwerden der Treuhandstellung ist eine Lage eingetreten, in der entweder die Vinkulierung durchgesetzt werden kann oder – ist dies nicht der Fall - ihr der Boden entzogen ist. Selbst wenn daher der Gesellschafter sich wegen der vorherigen Verheimlichung der lediglich treuhänderischen Wahrnehmung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung objektiv gesellschaftsvertragswidrig verhalten und das Vertrauen seiner Mitgesellschafter beschädigt hat, ist der Fortbestand der Gesellschaft weder unmöglich gemacht noch ernsthaft gefährdet. Ob dies anders zu beurteilen ist, wenn der Treuhänder dem Treugeber – hier konkret der Beklagte dem Z W – die Möglichkeit der unternehmerischen Mitgestaltung einräumt und dieser sie für gesellschaftsschädliche Zwecke missbraucht, kann dahinstehen. Dann kann sich allenfalls aus diesem spezifischen Verhalten des Treuhänders, der sich seinem Treugeber als Mittel bzw. Werkzeug für gesellschaftswidrige Einflussnahmen zur Verfügung stellt, ggf. ein den Ausschluss tragender Grund ergeben. Ohne derartige konkrete Anhaltspunkte für ein schwerwiegendes gesellschaftsschädliches Verhalten bzw. Zusammenwirken des Treuhänders mit dem Treugeber lässt sich indessen allein aus dem Verschweigen der Treuhandstellung als solcher und ihrem Eingehen keine Ausschließung rechtfertigen.

b) 48

Was die dem Beklagten selbst angelastete Barentnahme im Juni 2003 in Höhe von 43.500,00 € angeht, so überzeugt die in dem angefochtenen Urteil zum Ausdruck gebrachte Wertung des Landgerichts, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt und die er sich zu eigen macht, dass sich aus den von den Klägern vorgelegten Unterlagen eine solche Entnahme nicht ergibt. Der hiergegen von den Klägern vorgebrachte Einwand, das Landgericht habe, soweit die vorbezeichnete Würdigung auf der mangelnden Substantiierung des Klagevortrags beruht, seine Hinweispflicht verletzt, vermag das dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg zu verhelfen. Dabei kann es dahinstehen, ob das Landgericht tatsächlich seine Hinweispflicht verletzt hat. Selbst wenn dies der Fall wäre, so haben die Kläger mit ihrem Rechtsmittel jedenfalls keine Umstände vorgebracht, die – wäre der vermisste Hinweis bereits in erster Instanz rechtzeitig noch vor der Verkündung der angefochtenen Entscheidung durch das Landgericht vorgenommen worden - eine abweichende Würdigung herbeigeführt bzw. die behauptete Barentnahme durch den Beklagten hinreichend spezifiziert hätte. Die klägerseits gerügte Verletzung der Hinweispflicht ist daher für die angefochtene Entscheidung nicht i. S. von § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO erheblich geworden und lässt die Kläger daher mit ihrer Berufung nicht durchdringen. 49

c) 50

Was die ebenfalls von dem Beklagten selbst veranlasste "Gewinnausschüttung" in Höhe von 76.570,00 € am 02.09.2003 angeht, so kann hierin ein schwerwiegendes gesellschaftsschädliches Verhalten nicht gesehen werden. Diese Entnahme ist im Zusammenhang mit dem Beschluss vom 02.05.2003 zu sehen, mit dem die Gesellschafter eine Gewinnausschüttung von 200.000,00 € an die Gesellschafter beschlossen hatten. Dass dem Beklagten der entnommene Betrag nicht als Gewinnanteil zugestanden hätte, machen die Kläger nicht geltend; es geht vielmehr darum, dass der Beklagte die Ausschüttung an sich 51

ohne die weiter erforderlichen förmlichen Voraussetzungen und angeblich zur Unzeit (vor einer Betriebsprüfung des Finanzamts) veranlasst habe. Der danach verbleibende Vorwurf wiegt aber nicht so schwer, dass kein anderer Weg als das "scharfe Schwert" des Ausschlusses zur Beseitigung des Misstandes bleibt. Es sind vielmehr institutionelle und organisatorische Kontrollen der Auszahlung von Gesellschaftskonten und/oder aus der Gesellschaftskasse denkbar und möglich, die eine Wiederholung derartiger Entnahmen verhindern.

d) 52

Auf den Umstand, dass der Beklagte versucht hat, anstelle des Klägers zu 2) den Sohn seines Treugebers A W zum Geschäftsführer einzusetzen, lässt sich der Ausschluss ebenfalls nicht gründen. Es spricht zwar alles dafür, dass A W der Klägerin zu 1) in der Vergangenheit Konkurrenz gemacht und diese geschädigt hat, indem er von dem durch ihn selbst betriebenen Unternehmen eingekaufte Lebensmittel mit erheblichen Preisaufschlägen an die Klägerin zu 1) weiterverkauft hat. Dass dieses Verhalten - wie der Beklagte einwendet – auf den Umstand zurückgeht, dass es der Klägerin zu 1), anders als dem Konkurrenzunternehmen des A W, nicht möglich gewesen sei, die an sie auf die beschriebene Weise veräußerten Lebensmittel aus Griechenland zu besorgen, ist nicht nachvollziehbar gemacht. Indessen bringt der Versuch des Beklagten, eine solche Person als Geschäftsführer einzusetzen, nicht eine derartig schwerwiegende gesellschaftsschädliche Einstellung zum Ausdruck, dass kein anderer gangbarer Weg als die Ausschließung zur Beseitigung des drohenden Missstandes in Betracht kommt. Entsprechendes gilt, soweit Z W als Geschäftsführer eingesetzt werden sollte. 53

e) 54

Auch die mit der notariellen Urkunde vom 02.05.2006 (Urkundenrolle Nr. xxx/2006 des Notars Dr. J D, Bl. 1407 ff d.A.) dokumentierte Veräußerung und Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten an seinen Treugeber Z W ist nicht geeignet, die etwa am 17.12.2003 beschlossene Ausschließung nachträglich zu rechtfertigen. Zwar können auch nach der Ausschließung aufgetretene Umstände noch herangezogen bzw. "nachgeschoben" werden, um den Ausschluss zu begründen. Voraussetzung ist indessen, dass die später eingetretenen Umstände in engem sachlichen Zusammenhang mit den für die Ausschließung maßgeblichen Gründen stehen und nur noch den Tatbestand abrunden, von dem die Gesellschafterversammlung als das zuständige Ausschlussorgan ausgegangen ist. Besteht ein solcher Zusammenhang nicht, ist das Nachschieben der erst nachträglich eingetretenen Umstände erst zulässig, wenn die Gesellschafter beschlossen haben, sich auch auf sie zu stützen (vgl. BGH, GmbHR 1991, 362; BGH, GmbHR 1972, 177; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 Rdn. 136 a). Ein derartiger Beschluss ist danach hier erforderlich. Die Veräußerung und Abtretung des Geschäftsanteils stellt gegenüber den im übrigen von den Mitgesellschaftren monierten Verhaltensweisen des Beklagten, mit denen seine Ausschließung begründet worden ist, einen materiell eigenständigen Grund dar. Dem steht es nicht entgegen, dass insoweit ein sachlicher Zusammenhang mit der dem Beklagten ebenfalls vorgeworfenen Umgehung des in dem Gesellschaftsvertrag festgelegten Vinkulierungsgebots durch Eingehen der Treuhandbeziehung mit Z W besteht. Dieser Aspekt der Verletzung bzw. Umgehung des Vinkulierungsgebots lag dem im Dezember 2003 gefassten Ausschließungsbeschluss nicht zugrunde, wie u.a. daraus hervorgeht, dass die Kläger ihrer Behauptung nach erstmals durch den anwaltlichen Vermerk von Anfang Januar 2004 Kenntnis des Treuhandverhältnisses erlangt haben. In der Klageschrift ist überdies ausgeführt, dass die u.a. von den ehemaligen Mitarbeitern der Klägerin zu 1) mit Wissen und 55

Vollmacht des Beklagten angeblich zum Nachteil der Gesellschaft begangenen strafbaren Handlungen den Grund für den Ausschließungsbeschluss darstellten (Bl. 7 d.A.).. Der Umstand, dass mit diesen Vollmachten zugleich auch das Vinkulierungsgebot umgangen worden sei bzw. insoweit eine gesellschaftsvertragswidrige Handlungsweise vorgelegen habe, war daher weder geltend gemacht worden noch stellte dies einen dem Ausschließungsbeschluss vom 17.12.2003 zugrundeliegenden Grund dar. Steht daher die Verletzung des Vinkulierungsgebots nicht eng mit den für die beschlossene Ausschließung maßgebenden Gründen in Zusammenhang, so musste die Gesellschafterversammlung erneut darüber beschließen, ob – auch - hierauf die Ausschließung gestützt werden soll. Das Vorliegen eines solchen Beschlusses ist aber weder dem Vortrag der Kläger noch dem Sachverhalt im übrigen zu entnehmen.

2. 56

Soweit die Kläger schließlich auf die Verhaltensweisen des Z W sowie des A W abstellen, lässt sich daraus ein den Ausschluss des Beklagten aus der Gesellschaft tragender wichtiger Grund ebenfalls nicht herleiten. 57

a) 58

Hinsichtlich der Person des A W, der Vermieter des Geschäftsgrundstücks der Klägerin zu 1) ist, gilt das schon deshalb, weil dessen Verhalten dem Beklagten von vornherein nicht zuzurechnen ist. A W. steht in keiner Treuhandbeziehung zu dem Beklagten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Beklagte anderweitig mit A W. in gesellschaftsschädlicher Weise bei dessen Maßnahmen – der fristlosen Kündigung des Mietvertrages, dem Betreiben eines Konkurrenzunternehmens in dem Gebäude der Klägerin zu 1) sowie dem Überlassen eines Teils des Betriebsgeländes der Klägerin zu 1) an ein anderes Wettbewerbsunternehmen - zusammengewirkt hätte. Selbst nach den oben dargestellten Kriterien, unter denen ausnahmsweise auch Verhaltensweisen in der Person des Treugebers von Bedeutung bei der Beurteilung des Ausschlusses des die gesellschaftliche Beteiligung treuhänderisch haltenden Gesellschafters sein können, ist daher die Verhaltensweise des A W für die beschlossene Ausschließung unerheblich und kann diese als Ausschlussgrund nicht rechtfertigen. 59

b) 60

Im Ergebnis Gleiches gilt aber auch in bezug auf die Person des Treugebers Z W des Beklagten. Dass dem Beklagten die zum Anlass für die Ausschließung genommenen Verhaltensweisen des Z W zurechenbar sind, ist nicht erkennbar. Aus der Treuhandbeziehung allein lässt sich das nicht herleiten. In der Person des Treugebers gegebene Umstände können vielmehr nur dann von Bedeutung sein, wenn und solange der Treugeber die Möglichkeit hat und nutzt, aus dem Hintergrund auf die Gesellschaftsverhältnisse Einfluss zu nehmen und/oder er an Stelle des Treuhänders jederzeit wieder in die Gesellschaft eintreten kann kann *(*vgl. BGH Z 32, 17). Letzteres ist hier mit Blick auf das in § 4 des Gesellschaftsvertrags formulierte Vinkulierungsgebot, welches den Mitgesellschaftern die Möglichkeit an die Hand gibt, einen Eintritt des Treugebers in die Gesellschaft durch Verweigerung ihrer Zustimmung zu verhindern, nicht der Fall. Aber auch eine den Ausschluss des Beklagten aus der Gesellschaft rechtfertigende Einwirkung des Treugebers W auf die Gesellschaftsverhältnisse ist zu verneinen. Die Frage, ob dem – ausgeschlossenen - Treuhänder das Verhalten seines Treugebers im Rahmen der Prüfung der Ausschlussvoraussetzungen nach den dargestellten Kriterien zuzurechnen ist, ist in bezug auf das konkrete gesellschaftsschädliche Verhalten zu beurteilen. Zu prüfen ist daher 61

nicht generell, ob der Treugeber die Möglichkeit zur Einflussnahme auf die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse hat und nutzt. Es geht vielmehr darum, ob er sie gerade bei dem in Frage stehenden gesellschaftswidrigen Verhalten, welches den beschlossenen Ausschluss materiell rechtfertigen soll, genutzt hat. Danach scheidet aber eine "Zurechnung" im vorbezeichneten Sinn dann aus, wenn der Treugeber über unabhängig von Treuhandabrede bzw. dem treuhänderisch für ihn agierenden Gesellschafter existierende Einflusskanals und –möglichkeiten verfügt und er diese für die den Anlass für den Ausschluss des Treuhänders genommenen Verhaltensweisen, mithin unabhängig von der bestehenden Treuhandbeziehung genutzt hat. Die dem Ausschluss zugrundeliegenden gesellschaftswidrigen Verhaltensweisen stellen sich dann nicht als "Frucht" der Treuhandbeziehung dar und können einen den Ausschluss des Treuhänders tragenden wichtigen Grund nicht tragen. So liegt der Fall hier bei den Z W vorgeworfenen Verhaltensweisen. Dass er diese gerade in seiner Eigenschaft als Treuhänder verwirklicht bzw. "begangen" hat, ist nicht zu erkennen. Sowohl Z W als auch dessen für die Kassenführung zuständiger Sohn V W waren zu der Zeit, als die hier in Frage stehenden Griffe in die Kasse geschahen, als Angestellte der Klägerin zu 1) tätig. Soweit Auszahlungen aus der Kasse geschahen, hat Z W entweder seinen Sohn zu Auszahlungen veranlasst, und im übrigen unmittelbar aus seiner eigenen Stellung im Unternehmen der Klägerin Zugriff auf Tageseinnahmen und die Möglichkeit zur Entscheidung über deren Verwendung gehabt. Soweit sich daher Z W aus der Kasse bedient und/oder Auszahlungen an sich veranlasst bzw. die Möglichkeit hierzu genutzt haben sollte, stellt dies die Frucht seiner unmittelbaren Mitarbeit für die Klägerin dar. Seine Stellung als Treugeber war insoweit weder erforderlich noch von Belang. Aus diesem Grund ist es nicht gerechtfertigt, die ohne einen kausalen Zusammenhang mit der Treuhandbeziehung stehenden Verhaltensweisen des Z W dem Beklagten als Treuhänder in dem Sinne zuzurechnen, dass sie in die Prüfung von dessen Ausschluss als Gesellschafter einzubeziehen sind. Was den "Boykottaufruf" angeht, gilt Entsprechendes. Auch hier ist nicht ersichtlich, dass der Beklagte in irgend einer Weise daran beteiligt war oder A.V. insoweit Möglichkeiten zur Einwirkung auf die Geschicke der Gesellschaft genutzt hat, wie sie ihm die Treugeberstellung aus dem Hintergrund verschafft hat.

IV. 62

Die in der oben erwähnten notariellen Urkunde vom 02.05.2006 vorgenommene Abtretung des Geschäftsanteils des Beklagten ist schließlich auch ohne prozessualen Einfluss auf das Schicksal der Ausschlussklage. Zwar führt das Ausscheiden des Gesellschafters aus der GmbH während des Rechtstreits die Erledigung der Ausschließklage herbei (vgl. Scholz/Winter, a.a.O.,, § 15 Rdn. 141; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O., Anh. § 34 Rdn. 5 – jeweils m. w. Nachw.). Der Beklagte ist indessen nicht aus der Klägerin zu 1) als Gesellschafter ausgeschieden. Gemäß Abschnitt B, Ziff. I.3. des notariellen Aufhebungs- und Geschäftsanteilsübertragungsvertrages erfolgte die Abtretung unter dem Vorbehalt der Zustimmung der übrigen Gesellschafter, die diese – wie aus den Vorbemerkungen der notariellen Urkunde (Ziff. 3 lit. b. und c.) hervorgeht – bereits verweigert haben, weshalb der Beklagte sie auf die Erteilung der Zustimmung zu verklagen beabsichtigt. Die vorgenommene Veräußerung und Abtretung des Geschäftsanteils entfaltet daher noch keine Wirkungen, so dass der Beklagte nicht als Gesellschafter aus der Klägerin zu 1) ausgeschieden ist. 63

V. 64

Es bestand schließlich kein Anlass für die von den Klägern mit Schriftsätzen vom 22.03.2007 und 05.04..2007 angeregte Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Die von den 65

Klägern vorgebrachte vermeintliche Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch fehlende Dokumentation erteilter Hinweise des Senats ist nicht zu erkennen. Den Klägern ist hinreichend Gelegenheit eingeräumt worden, zu der im Termin am 01.03.2007 stattgefundenen Erörterung und den in diesem Rahmen vorgenommenen Hinweisen des Senats Stellung zu

nehmen. Sie haben einen Schriftsatznachlass erhalten, der seiner zeitlichen Begrenzung nach ausreichend bemessen war. Soweit die Kläger monieren, dass sie mangels ausreichender Dokumentation der im Termin erteilten Hinweise nicht in der Lage zu einem konkreten substantiellen Vorbringen gewesen seien, überzeugt das nicht. Die von dem Senat in der mündlichen Verhandlung erteilten Hinweise waren nicht – wie dies bereits im Rahmen der Begründung der Ablehnung des klägerseits gestellten Vertagungsantrags ausgeführt wurde – dergestalt, dass der Vortrag der Parteien, namentlich der Kläger, als nicht ausreichend substantiiert erachtet wurde, um eine rechtliche Wertung in ihrem Sinne herbeiführen zu können. Der Senat hat vielmehr das Ergebnis seiner Vorberatung dargestellt, in diesem Rahmen auf seine rechtliche Beurteilung "hingewiesen" und mit den Parteien erörtert. In diesem Sinn versteht sich die Ausführung in dem Protokoll, dass die Parteien Gelegenheit hatten, zu "den Hinweisen" des Senats Stellung zu nehmen. Soweit die Kläger in ihrem Schriftsatz einwenden, der Senat habe zum Ausdruck gebracht, dass ihr Vortrag "nicht ausreichend" sei, stellt das die Erörterung im Termin nicht zutreffend dar. Es ging nicht darum, dass der Vortrag der Kläger als solcher unzureichend sei, um einen Ausschlussgrund schlüssig zu ergeben. Es ging vielmehr darum, dass der als solcher in tatsächlicher Hinsicht nicht ergänzungsbedürftige Vortrag der Kläger nicht ausreicht, um daraus die rechtliche Bewertung als ein den Ausschluss als ultima ratio tragenden wichtigen Grund herleiten zu können. 66

C. 67

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. 68

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 69

Der Senat sah keinen Anlass für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO). Weder kommt der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Entscheidungsrelevant sind vorliegend ausschließlich auf den individuellen Sachverhalt bezogene Subsumtionen; kontrovers diskutierte oder in höchstrichterlicher noch ungeklärte Rechtsfragen sind nicht betroffen. 70

Wert: 260.000,00 €. 71

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE