
Datum: 30.08.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 57/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0830.18U57.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 89 O 5/07

Tenor:

Die Berufung des Verfügungsklägers gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 02.03.2007 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt der Verfügungskläger.

(G r ü n d e:

1

I.

2

Die Parteien sind Gesellschafter der H. Brauerei C. & Co. oHG (künftig "Gesellschaft"), die beim AG Köln unter HRA XXX1 ins Handelsregister eingetragen ist. Der Verfügungskläger und der Verfügungsbeklagte zu 1), beide Söhne des Gesellschaftsgründers I. C., waren bislang geschäftsführende Gesellschafter. Der Verfügungsbeklagte zu 3) ist der Sohn des bereits verstorbenen weiteren Sohnes des Gesellschaftsgründers, Q. C.. Der Verfügungsbeklagte zu 2) ist der Sohn des Verfügungsbeklagten zu 1), der ihm mit Vertrag vom 01.01.2007 einen Teilgesellschaftsanteil mit einem darauf entfallenden festen Kapitalanteil von 511,29 € (= 1 Stimme) übertragen hat, die Wirksamkeit der Übertragung ist zwischen den Beteiligten streitig. Unter Berücksichtigung dieser Anteilsübertragung sind die Parteien nunmehr wie folgt an der Gesellschaft beteiligt:

3

Verfügungskläger: 38 % = 5.358 Stimmen

4

Verfügungsbeklagter zu 1): 38 % minus 1 Stimme = 5.357 Stimmen	5
Verfügungsbeklagter zu 2): 1 Stimme	6
Verfügungsbeklagter zu 3): 24 % = 3.384 Stimmen	7
In der Gesellschafterversammlung vom 17.01.2007 haben die Verfügungsbeklagten den Verfügungskläger als Geschäftsführer der Gesellschaft zunächst ohne wichtigen Grund abberufen. In einer weiteren Abstimmung haben sie den Verfügungskläger zudem mit wichtigem Grund als Geschäftsführer abberufen. Sie werfen ihm im einzelnen streitige Untreuehandlungen zum Nachteil der Gesellschaft vor. Die Wirksamkeit dieser Abberufungen ist Gegenstand des beim Senat anhängigen Parallelverfahrens 18 U 53/07. Vergleichbare Vorwürfe hat der Verfügungskläger seinerseits zum Anlass genommen, die Abberufung des Verfügungsbeklagten zu 1) zu beantragen; wegen der Einzelheiten der von ihm erhobenen Vorwürfe, die im wesentlichen dahin gehen, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) seit Jahren in großem Umfang Kosten seiner privaten Lebensführung als betrieblich bedingte Ausgaben zu Lasten der Gesellschaft abgerechnet habe, wird auf das Schreiben des Verfügungsklägers vom 12.01.2007 (Anlage K 4 zur Antragsschrift vom 23.01.2007) verwiesen. Dieser Antrag wurde mit den Stimmen der Verfügungsbeklagten gegen die Stimmen des Verfügungsklägers abgelehnt.	8
Das Landgericht Köln hat den vom Verfügungskläger daraufhin beantragten Erlass einer einstweiligen Verfügung im wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, dass die Abberufung des Verfügungsbeklagten zu 1) nicht wirksam gewesen sei, denn es könne nicht festgestellt werden, dass es hierfür einen wichtigen Grund gegeben habe. Wegen der weiteren Einzelheiten des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts sowie der Entscheidungsgründe wird auf das Urteil vom 02.03.2007 Bezug genommen.	9
Mit seiner form- und fristgerecht eingereichten und begründeten Berufung vertritt der Verfügungskläger die Auffassung, das Landgericht habe die Glaubwürdigkeit des Verfügungsbeklagten zu 1) fehlerhaft beurteilt und daher einen wichtigen Grund für seine Abberufung nicht als glaubhaft gemacht angesehen. Überdies trägt er in seiner Berufungsbegründung vor, nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz seien weitere Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten des Verfügungsbeklagten zu 1) aufgetaucht, die dessen Abberufung rechtfertigten. Auch diese Vorwürfe gehen dahin, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) (weitere) Kosten seiner privaten Lebensführung als betrieblich bedingte Ausgaben zu Lasten der Gesellschaft abgerechnet haben soll. U. a. soll er private Tankausgaben seiner Familienangehörigen über die Gesellschaft als betrieblich veranlasst abgerechnet haben.	10
Der Verfügungskläger beantragt,	11
unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Köln vom 02.03.2007 (Az. 89 O 5/07),	12
1. dem Verfügungsbeklagten zu 1) bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage des Verfügungsklägers vom 23.01.2007 (Köln 89 O 4/07) gegen die Verfügungsbeklagten auf Ausschließung des Verfügungsbeklagten zu 1) aus der offenen Handelsgesellschaft in Firma Privatbrauerei H. C. & Co. (AG Köln HRA XXX1) unter gleichzeitiger Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu untersagen, Geschäftsführungsaufgaben der Privatbrauerei H. C. & Co. wahrzunehmen und diese	13

Gesellschaft zu vertreten;

2. anzuordnen, dass die Verfügungsbeklagten bei der Eintragung der Entziehung der Vertretungsmacht des Verfügungsbeklagten zu 1) in das Handelsregister bei AG Köln (HRA XXX1) mitzuwirken haben; 14

3. hilfsweise, falls der Antrag zu 1. zurückgewiesen wird, 15

a. dem Verfügungsbeklagten zu 1) bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage des Verfügungsklägers vom 23.01.2007 (Köln 89 O 4/07) gegen die Verfügungsbeklagten auf Ausschluss des Verfügungsbeklagten zu 1) aus der offenen Handelsgesellschaft in Firma Privatbrauerei H. C. & Co. (AG Köln HRA XXX1) die Befugnis zu entziehen, Geschäftsführungsaufgaben der Privatbrauerei H. C. 6 Co, wahrzunehmen und diese Gesellschaft zu vertreten, 16

b. dem Verfügungsbeklagten zu 1) unter gleichzeitiger Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu untersagen, Geschäftsführungsaufgaben der Privatbrauerei H. C. 6 Co., wahrzunehmen und diese Gesellschaft zu vertreten, 17

c. dem Verfügungsbeklagten zu 2) und dem Verfügungsbeklagten zu 3) aufzugeben, dem o.g. Antrag zu 3a) des Verfügungsklägers zuzustimmen, 18

d. anzuordnen, dass die Verfügungsbeklagten bei der Eintragung der Entziehung der Vertretungsmacht des Verfügungsbeklagten zu 1) in das Handelsregister beim AG Köln (HRA XXX1) mitzuwirken haben. 19

Die Verfügungsbeklagten beantragen, 20

die Berufung zurückzuweisen. 21

Die vom Verfügungskläger beanstandeten Ausgaben des Verfügungsbeklagten zu 1) seien überwiegend betrieblich veranlasst. Soweit es sich in einigen Fällen um private Ausgaben handele, sei es Aufgabe der Buchhaltung gewesen, diese – ggf. nach Nachfrage – auch als Privatentnahmen des Verfügungsbeklagten zu 1) zu Lasten seines Gesellschafterkontos zu verbuchen. Soweit etwa Rechnungen für Tankvorgänge der Ehefrau oder der Söhne des Verfügungsbeklagten zu 1) als betrieblich veranlasst gebucht worden seien, so sei dies fälschlicherweise geschehen. Der Verfügungsbeklagte zu 1) habe einen Teil der Tankkosten übernehmen wollen und habe zu diesem Zweck seiner Ehefrau und seinen Söhnen Teile der Tankkosten bar erstattet und die Rechnungen bei der Gesellschaft eingereicht, wo sie als Privatentnahme hätten verbucht werden müssen. Den Mitarbeitern der Gesellschaft sei aus den Rechnungen entweder durch die Aufführung seiner Ehefrau als Rechnungsempfänger oder durch ihre Kenntnis der Kreditkartennummer seiner Ehefrau erkennbar gewesen, dass es sich um private Ausgaben gehandelt habe, woraufhin eine Rückfrage bei ihm nach der Veranlassung der Fahrt hätte erfolgen müssen. 22

Die Verfügungsbeklagten meinen, der Verfügungskläger handele treuwidrig, wenn er sich auf die Fehlbuchungen zur Begründung seines Abberufungsbegehrens berufe. Sie behaupten hierzu u. a., der Verfügungskläger habe Belege über angeblich betrieblich veranlasste Ausgaben in Deutschland eingereicht, die in einer Zeit getätigt worden seien, in der er sich unstreitig in den USA befunden habe. 23

Der Verfügungskläger bestreitet dieses und gibt an, in solchen Fällen seien in Deutschland Bewirtungen bzw. Kurierfahrten im Interesse der Gesellschaft durchgeführt worden. Entsprechende Bewirtungsbelege habe er im Vorhinein blanko unterzeichnet und dann die Buchhaltung zu deren Ausfüllung angewiesen.	24
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen T.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 09.08.2007 verwiesen.	25
II.	26
Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.	27
1. Die Hauptanträge (Anträge zu 1) und 2)) sind unbegründet, weil der Verfügungsbeklagte zu 1) am 17.01.2007 nicht wirksam als Geschäftsführer der Gesellschaft abberufen wurde.	28
a) Der Antrag des Verfügungsklägers, den Verfügungsbeklagten gemäß §§ 14 Abs. 4, 19 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages ohne wichtigen Grund als Geschäftsführer der Gesellschaft abzuberufen, hat keine Mehrheit gefunden, sondern wurde mit den Stimmen der Verfügungsbeklagten abgelehnt. Die erforderliche Mehrheit wäre nur dann erreicht worden, wenn der Verfügungsbeklagte zu 1) von der Abstimmung ausgeschlossen gewesen wäre und deshalb seine Stimmen nicht gezählt werden dürften. Dies war jedoch nicht der Fall, denn er durfte bei diesem Organisationsakt mitstimmen, obwohl er davon selbst betroffen war (vgl. BGH, Urt. v. 09.07.1990 - II ZR 9/90 -, ZIP 1990, 1194; Urt. v. 21.04.1969 - II ZR 200/67 -, NJW 1969, 1483; Urt. v. 09.12.1968 - II ZR 57/67 -, BGHZ 51, 209; Enzinger, in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2006, § 119 Rdnr. 32). Dementsprechend hatte sich auch der Verfügungskläger an der vorausgegangenen Abstimmung über seine Abberufung ohne wichtigen Grund beteiligt.	29
b) Die Abberufung des Verfügungsbeklagten zu 1) aus wichtigen Grund war unwirksam. Zwar durfte der Verfügungsbeklagte zu 1) als Betroffener nicht mitstimmen, sodass seine Stimmen ungültig sind (vgl. BGH, Urt. v. 01.04.1953 - II ZR 235/52 -, BGHZ 9, 178, Enzinger; in: MünchKomm-HGB, a. a. O., § 119 Rdnr. 32), jedoch war der mit der Mehrheit der vom Verfügungskläger abgegebenen Stimmen gefasste Beschluss mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes unwirksam. Dem insoweit beweiselasteten Verfügungskläger ist es im Rahmen dieses Verfahrens nicht gelungen, das Vorliegen eines wichtigen Grundes glaubhaft zu machen.	30
Zur Annahme eines wichtigen Grundes bedarf es einer Gesamtabwägung, ob die Fortsetzung der Geschäftsführung für die anderen Gesellschafter unzumutbar ist, weil wichtige Belange der Gesellschaft gefährdet sind (BGH, Urt. v. 17.12.1959 - II ZR 32/59 -, NJW 1960, 625). Maßgeblich für die Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes ist der Zeitpunkt der Abberufungsentscheidung. Allein der Kenntnisstand der Parteien zu diesem Zeitpunkt kann zur Bewertung führen, dass die Abberufungsentscheidung mit wichtigem Grund erfolgte (BGH, Urt. v. 18.06.1984 - II ZR 221/83 -, NJW 1984, 1689). Ein Nachschieben von Gründen würde dazu führen, dass nicht mehr das zuständige Organ die Gründe abwägen und über die Abberufung entscheiden würde (BGH, Urt. v. 29.03.1973 - II ZR 20/71 -, BGHZ 60, 333).	31
Zum Zeitpunkt des Gesellschafterbeschlusses lagen der Gesellschafterversammlung keine Tatsachen vor, die einen wichtigen Grund für eine Abberufung darstellten. Dabei ist zum Kenntnisstand der Gesellschafterversammlung auf die Schreiben des Verfügungsklägers vom 12.01.2007 und des Verfügungsbeklagten zu 1) vom 16.01.2007 (Anlage A 1 zum Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten zu 1) und 3) in dem	32

Parallelverfahren 18 U 53/07) abzustellen.

Bei vielen Vorwürfen ist schon streitig, ob es sich überhaupt um eine private Ausgabe handelt. Hier konnte der Verfügungskläger seine Behauptungen nicht glaubhaft machen. Soweit er hierfür eine eidesstattliche Versicherung vorgelegt hat, konnte der Senat dieser keine höhere Beweiskraft zumessen als der eidesstattlichen Versicherung des Verfügungsbeklagten zu 1). Es ist nicht außergewöhnlich und per se nicht zu beanstanden, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) Ausgaben ohne Kenntnis des Verfügungsklägers tätigte, die er nun keinem genauen geschäftlichen Anlass mehr zuordnen kann. Der Verfügungsbeklagte zu 1) war damals Geschäftsführer der Gesellschaft mit eigenem Zuständigkeitsbereich. In keinem Fall lagen aber Indizien vor, die den Senat von der Richtigkeit des Vortrags des Verfügungsklägers überzeugen konnten. Entweder konnte er schon den privaten Charakter der Ausgabe nicht glaubhaft machen oder es gelang ihm nicht, die Fehlverbuchung auf ein absichtliches Verhalten des Verfügungsbeklagten zu 1) zurückzuführen.

33

• Komplex "Biermuseum" 34

Die in Rechnung gestellten IT-Leistungen stellen sich eher als für die Gesellschaft erbrachte Leistungen dar (z.B. EDV-Schulungen). Die vorgelegte Vereinbarung vom 24.02.1998 lässt für die unstreitig für das Biermuseum erbrachten anderweitigen Leistungen nicht erkennen, dass diesbezüglich jegliche Kostenerstattung ausgeschlossen sein sollte. Eine Kollusion zwischen dem Fotografen und dem Verfügungsbeklagten zu 1) konnte nicht glaubhaft gemacht werden.

35

• Komplex "Fotografie" 36

Keine Rechnung stellt sich als eindeutig privat dar, vielmehr beschreiben einige Rechnungen Leistungen, die auf den ersten Blick eher geschäftlicher Natur zu sein scheinen (z.B. "Fotoaufnahmen in Ihrem Abfüll- und Logistikzentrum").

37

• Komplex "Dekorationsmaterialien" 38

Es bestehen keine Hinweise auf den privaten Charakter der getätigten Einkäufe. Zum Teil wird als Abholerin eine "Frau C.", zum Teil aber auch eine "Frau H.", ein "W. K." oder ein "W. B.", überwiegend aber niemand angegeben. Soweit einige Male der Kaufgegenstand genauer angegeben wird, handelt es sich um einen solchen, der sowohl für eine private als auch für eine geschäftliche Verwendung geeignet ist (z.B. "Weihnachtspapier").

39

• Komplex "China-Seminar"/"Indienreise" 40

Es ist eine Frage der Geschäftsführung, ob die Gesellschaft Kosten Dritter für eine Tätigkeit in ihrem Interesse ersetzt oder aus Repräsentationszwecken auch die Ehefrau des Geschäftsführers an einer Reise teilnimmt. Insoweit besteht ein weiter Ermessensspielraum, der nicht offensichtlich überschritten wurde.

41

• Komplex "Golfclub-Zelt"/"Kunstsalon" 42

43

Werbemaßnahmen, auch in Form von Spenden, sind grundsätzlich Teil der Geschäftsführung. Schon eine reine Kundenbindungsmaßnahme gegenüber dem Golfclub fällt in das Ermessen der Geschäftsführung. Wenn diese im Fall des Kunstsalons sogar mit dem verantwortlichen Mitarbeiter abgesprochen worden sein sollten, bestehen erst recht keine Bedenken gegen diese Ausgabe. Für eine solche Absprache spricht, dass einige "Rechnungen" an Herrn T. adressiert waren. Eine von ihm behauptete Kollusion zwischen dem Verfügungsbeklagten zu 1) und Herrn T. zu Lasten der Gesellschaft konnte der Verfügungskläger nicht glaubhaft machen.

• Komplex "Metzgerei" 44

Die Bewirtungsbelege verzeichnen jeweils einen Anlass, der unter Öffentlichkeitsarbeit gefasst ("Brauereibesichtigung", Bewirtung von Brauereibundmitgliedern u.ä.) und der die jeweils in Rechnung gestellte Lieferung ("halbes belegtes Röttgelchen", "Erbsensuppe", "Fleischkäs" u.ä.) sinnvoll zugeordnet werden kann. Anzeichen für ein Zusammenfassen mehrerer Einkäufe unter einem anderen Datum und Titel liegen nicht vor. 45

• Komplex "Schwimmbadzubehör" 46

Hier wurden die Belege für die Ausgaben, die der Verfügungskläger dem Verfügungsbeklagten zu 1) vorwirft, von Herrn S. unterzeichnet. Eine Kollusion zwischen dem Verfügungsbeklagten zu 1) und Herrn S. konnte der Verfügungskläger nicht glaubhaft machen. 47

Zum Teil handelt es sich bei den als betrieblich veranlasst gebuchten Kosten unstreitig um private Ausgaben ("Transportkosten Frankreich", "Dekoration Freshnails", "Blumengruß New York", "Mobilfunkrechnungen"; "private Verwendung von Mitarbeitern"). Diesbezüglich konnte der Verfügungskläger aber nicht glaubhaft machen, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) wissentlich die Verbuchung als betriebliche Ausgabe veranlasst hat. Es war in der Gesellschaft üblich, dass auch private Ausgaben über die Gesellschaft abgerechnet wurden, indem die entsprechenden Rechnungen von der Gesellschaft beglichen und der jeweilige Betrag als Privatentnahme dem internen Konto des jeweiligen Gesellschafters belastet wurde. So ist auch der Verfügungskläger in der Vergangenheit verfahren. 48

Die Behauptung des Verfügungsklägers, der Verfügungsbeklagte zu 1) habe den ordnungsgemäßen Buchungsweg – und damit die Vorlage an ihn – umgangen und die Rechnungen direkt in der Buchhaltung eingereicht mit der Weisung, diese als betrieblich (und nicht als Privatentnahme) veranlasst zu verbuchen, konnte er nicht glaubhaft machen. Der noch nachvollziehbare Vortrag des Verfügungsbeklagten zu 1), er sei jeweils angesichts der klaren Erkennbarkeit als Privatentnahme davon ausgegangen, die Buchhaltung werde die Zahlung korrekt als Privatentnahme behandeln, konnte nicht widerlegt werden. 49

Der Zeuge T., der u. a. für die Buchhaltung zuständige Prokurist der Gesellschaft, bekundete, dass ihm eine ausdrückliche Weisung, eine private Rechnung als betriebliche Ausgabe zu verbuchen nicht bekannt sei. Es gab auch keine Regelung innerhalb der Gesellschaft, dass Zahlungsbelege die Privatentnahmen betrafen, dem Verfügungskläger und/oder dem Prokuristen T. gesondert vorzulegen waren. Soweit der Verfügungskläger dies zunächst vorgetragen hat, hat er dies im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht wiederholt. Die Vernehmung des Zeugen T. hat hierfür auch keinerlei Anhaltspunkt erbracht. Allerdings hat der Zeuge T. bekundet, dass aus Sicht der Buchhaltung alle von den geschäftsführenden 50

Gesellschaftern abgezeichneten Rechnungen, bei denen nicht ausdrücklich – mündlich oder schriftlich – auf einen privaten Zweck hingewiesen wurde, als betrieblich veranlasst angesehen und entsprechend verbucht wurden. Dies erscheint im Grundsatz auch nachvollziehbar, denn in vielen Fällen können Ausgaben sowohl betrieblich als auch privat veranlasst sein und es erscheint schon aufgrund der Arbeitsabläufe wenig sachgerecht, insofern jeweils eine Nachfrage seitens der Buchhaltung bei den geschäftsführenden Gesellschaftern zu fordern, wenn diese zunächst schon die Möglichkeit haben, eine private Aufwendungen betreffende Rechnung aus dem Posteingang herauszunehmen und diese jedenfalls bei ihrer Abzeichnung als privat veranlasst zu kennzeichnen. Es erscheint deshalb nicht zweifelhaft, dass der Verfügungsbeklagte die auch nach seiner Darstellung erfolgten Fehlbuchungen ohne weiteres hätte vermeiden können.

Der Senat konnte jedoch im Rahmen dieses Verfahrens bezüglich dieser Rechnungen noch nicht die sichere Überzeugung gewinnen, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) insoweit vorsätzlich gehandelt hat, er also private Ausgaben zu Lasten der Gesellschaft abrechnen wollte. Aus der Aussage des Zeugen T. ergibt sich, dass die geschäftsführenden Gesellschafter die Buchungsvermerke in der Regel nur unvollständig ausfüllten, indem sie lediglich als Kostenverursacher zeichneten. Die eigentlich auch vorgesehene Angabe des Kontos, zu dessen Lasten die Buchung erfolgen sollte, ließen sie dagegen regelmäßig aus, so dass es insbesondere auch keine Belege gibt, in denen der Verfügungsbeklagte zu 1) bei einer Privatausgabe ein nur für betriebliche Ausgaben vorgesehenes Konto angegeben hätte. Teilweise hat die Buchhaltung private Ausgaben schon aufgrund der Umstände als solche erkannt und entsprechend verbucht, etwa wenn die Rechnung die Privatanschrift des Verfügungsbeklagten zu 1) aufwies. Schließlich hat der Zeuge T. auch eingeräumt, dass die Buchhaltung selbst aufgrund der Umstände – und nicht erst auf Weisung des Verfügungsbeklagten zu 1) – die Telefonkosten für dessen Angehörige als private Ausgaben hätte verbuchen können und müssen, weil sich der private Charakter dieser Ausgaben ohne weiteres aus den Unterlagen ergab. Diese Umstände sprechen dafür, dass es der Buchhaltung jedenfalls teilweise möglich war, private Ausgaben zu erkennen. Deshalb musste der Verfügungsbeklagte zu 1) es nicht für ausgeschlossen halten, dass die Buchhaltung im Regelfall in der Lage sei, private Ausgaben auch ohne seinen Hinweis als solche zu erkennen und entsprechend zu verbuchen. Seine Angabe, die er im Rahmen der Anhörung durch den Senat und einer eidesstattlichen Versicherung vom 09.08.2007 noch einmal bekräftigt hat, er sei gerade hiervon ausgegangen, kann der Senat deshalb noch nicht als durch die Umstände widerlegt ansehen.

Angesichts der Tatsache, dass die den Gesellschaftern zumindest einmal jährlich zur Verfügung gestellten Übersichten über ihre Privatentnahmen nach Bekundung des Zeugen T. mehrere hundert Buchungen enthielten, kann auch nicht zwingend angenommen werden, dass dem Verfügungsbeklagten zu 1) die Falschverbuchungen aufgefallen sind und er deren Korrektur bewusst nicht herbeigeführt hat. Aufgrund der im Verhältnis zum Gesamtumsatz auf seinem Gesellschafterkonto eher geringfügigen "Fehlbuchungen" mussten ihm diese auch angesichts der jeweiligen Salden nicht auffallen.

Soweit der Verfügungskläger dem Verfügungsbeklagten zu 1) Fehlverhalten als Geschäftsführer der Gesellschaft im Vertragsverhältnis zu seiner Ehefrau vorwirft, die die Gaststätte "N." betreibt und in dieser Eigenschaft Abnehmerin der Gesellschaft ist, fehlt es bereits an einem hinreichenden Sachvortrag. Der Vertrag zwischen der Gesellschaft und der Ehefrau des Verfügungsbeklagten zu 1) wurde von keiner Partei vorgelegt, sodass eventuelle Bezugsverpflichtungen nicht beurteilt werden können. Zudem gesteht der Verfügungskläger zu, den behaupteten Verstoß schon 2002 bemängelt zu haben. Diese vierjährige Duldung

führt dazu, dass selbst bei einem Verstoß gegen die Bezugsverpflichtung das Verhalten des Verfügungsbeklagten zu 1) keine Abberufung rechtfertigen würde.

Sollte der Verfügungsbeklagte zu 1) bei der J.-Bank erreicht haben, dass diese auf vorgesehene Entnahmegrenzen für die Gesellschafter im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung für die beabsichtigte Übernahme weiterer Anteile an der L. & T. GmbH (künftig: L & T GmbH) verzichtete, ist dies nicht vorwerfbar. Ein solches Verhalten stellt sich – als wahr unterstellt – nicht als pflichtwidrig dar. Wenn der Verfügungskläger im Hinblick auf seine persönliche Haftung eine Entnahmegrenze für sinnvoll hält, liegt es an ihm, dies über die Gesellschafterversammlung durchzusetzen. Eine Ermöglichung einer größeren Flexibilität der Gesellschaft kann nicht pflichtwidrig sein. 54

Das Verhalten des Verfügungsbeklagten zu 1) im Zusammenhang mit dem geplanten Erwerb weiterer Anteile der L & T GmbH stellt sich nicht als grob pflichtwidrig dar, selbst wenn er – wie vom Verfügungskläger behauptet – diesen nicht immer direkt über eigene Verhandlungen informiert haben sollte. Die Aufstockung der Beteiligung ist eine Entscheidung, die von den Gesellschaftern getroffen werden musste. Allein ihnen – und grundsätzlich nicht dem Gericht – obliegt es, die Wirtschaftlichkeit einer solchen Entscheidung zu beurteilen. Dafür, dass die getroffene Entscheidung, die Übernahme aller Anteile in Zusammenarbeit mit der T. Brauerei anzustreben, völlig unvertretbar gewesen wäre, liegen keine Anhaltspunkte vor. Eine unbefugte Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen in diesem Zusammenhang wurde nicht glaubhaft gemacht. Es ist normal und grundsätzlich auch im Interesse einer Gesellschaft, wenn bei Verhandlungen über gemeinsame Beteiligungen sowohl Informationen über die Gesellschaft als auch über das Zielobjekt an Verhandlungspartner gegeben werden. Kein Dritter würde über eine gemeinsame Übernahme einer Gesellschaft verhandeln, ohne Daten über diese Gesellschaft und ggf. seinen Vertragspartner zu erhalten, die das, was auf den ersten Blick an Informationen verfügbar ist, deutlich überschreiten. Konkrete Einzelheiten, die auch im Interesse der Gesellschaft nicht hätten übermittelt werden dürfen, trägt der Verfügungskläger nicht vor. 55

2. Auch die Hilfsanträge sind nicht begründet. Durch die nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erhobenen Vorwürfe ergibt sich zwar ein Untreueverdacht gegen den Verfügungsbeklagten zu 1), der ein wichtiger Grund für eine Abberufung nach § 117 HGB sein könnte. Doch kann sich der Verfügungskläger darauf nicht berufen. Ein Verbleiben des Verfügungsbeklagten zu 1) in der Geschäftsführung ist für ihn nicht unzumutbar, weil er selber unter Untreueverdacht steht. 56

a) Der Untreueverdacht gegen den Verfügungsbeklagten zu 1) ergibt sich daraus, dass er als Geschäftsführer eine Vielzahl von privaten Tankausgaben über die Gesellschaft abgerechnet hat. Dies stellt grundsätzlich einen wichtigen Grund zu Abberufung eines geschäftsführenden Gesellschafters dar (vgl. zur Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers bei berechtigtem Verdacht einer groben Pflichtverletzung BGH, Urt. v. 17.02.1997 - II ZR 278/95 -, DStR 1998, 1151; spezieller zum Verdacht des strafbaren Vermögensdelikts BGH, Urt. v. 14.06.1999 - II ZR 193/98 -, NJW 1999, 2820; zur bewusst falschen Verbuchung durch Fälschung von Abrechnungen OLG Hamm, Urt. v. 07.05. 1984 - 8 U 22/84 -, GmbHR 1985, 119). 57

Der entsprechende Vortrag des Verfügungsklägers ist nicht verspätet, da neu aufgefundene Beweismittel immer verwendet werden dürfen, weil dadurch eine Restitutionsklage vermieden wird (Gummer/Heßler, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 531 Rndr. 30 m.w.N.). Der Verfügungskläger hat durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemacht, dass ihm diese Beweismittel zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht zur Verfügung standen. Auch der umfangreiche Vortrag schon in der ersten Instanz spricht dafür, dass der 58

Verfügungskläger die Vorwürfe ansonsten dort schon vorgetragen hätte und daher nicht zurückgehalten hat.

Es ist unstreitig, dass private Tankvorgänge der Ehefrau und der Söhne des Verfügungsbeklagten zu 1) als betrieblich veranlasst gebucht wurden, indem der Verfügungsbeklagte zu 1) die entsprechenden Barbelege (in der Regel G r ü n d e: 59

I. 60

Die Parteien sind Gesellschafter der H. Brauerei C. & Co. oHG (künftig "Gesellschaft"), die beim AG Köln unter HRA XXX1 ins Handelsregister eingetragen ist. Der Verfügungskläger und der Verfügungsbeklagte zu 1), beide Söhne des Gesellschaftsgründers I. C., waren bislang geschäftsführende Gesellschafter. Der Verfügungsbeklagte zu 3) ist der Sohn des bereits verstorbenen weiteren Sohnes des Gesellschaftsgründers, Q. C.. Der Verfügungsbeklagte zu 2) ist der Sohn des Verfügungsbeklagten zu 1), der ihm mit Vertrag vom 01.01.2007 einen Teilgesellschaftsanteil mit einem darauf entfallenden festen Kapitalanteil von 511,29 € (= 1 Stimme) übertragen hat, die Wirksamkeit der Übertragung ist zwischen den Beteiligten streitig. Unter Berücksichtigung dieser Anteilsübertragung sind die Parteien nunmehr wie folgt an der Gesellschaft beteiligt: 61

Verfügungskläger: 38 % = 5.358 Stimmen 62

Verfügungsbeklagter zu 1): 38 % minus 1 Stimme = 5.357 Stimmen 63

Verfügungsbeklagter zu 2): 1 Stimme 64

Verfügungsbeklagter zu 3): 24 % = 3.384 Stimmen 65

In der Gesellschafterversammlung vom 17.01.2007 haben die Verfügungsbeklagten den Verfügungskläger als Geschäftsführer der Gesellschaft zunächst ohne wichtigen Grund abberufen. In einer weiteren Abstimmung haben sie den Verfügungskläger zudem mit wichtigem Grund als Geschäftsführer abberufen. Sie werfen ihm im einzelnen streitige Untreuehandlungen zum Nachteil der Gesellschaft vor. Die Wirksamkeit dieser Abberufungen ist Gegenstand des beim Senat anhängigen Parallelverfahrens 18 U 53/07. Vergleichbare Vorwürfe hat der Verfügungskläger seinerseits zum Anlass genommen, die Abberufung des Verfügungsbeklagten zu 1) zu beantragen; wegen der Einzelheiten der von ihm erhobenen Vorwürfe, die im wesentlichen dahin gehen, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) seit Jahren in großem Umfang Kosten seiner privaten Lebensführung als betrieblich bedingte Ausgaben zu Lasten der Gesellschaft abgerechnet habe, wird auf das Schreiben des Verfügungsklägers vom 12.01.2007 (Anlage K 4 zur Antragsschrift vom 23.01.2007) verwiesen. Dieser Antrag wurde mit den Stimmen der Verfügungsbeklagten gegen die Stimmen des Verfügungsklägers abgelehnt. 66

Das Landgericht Köln hat den vom Verfügungskläger daraufhin beantragten Erlass einer einstweiligen Verfügung im wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, dass die Abberufung des Verfügungsbeklagten zu 1) nicht wirksam gewesen sei, denn es könne nicht festgestellt werden, dass es hierfür einen wichtigen Grund gegeben habe. Wegen der weiteren Einzelheiten des der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalts sowie der Entscheidungsgründe wird auf das Urteil vom 02.03.2007 Bezug genommen. 67

Mit seiner form- und fristgerecht eingereichten und begründeten Berufung vertritt der Verfügungskläger die Auffassung, das Landgericht habe die Glaubwürdigkeit des 68

Verfügungsbeklagten zu 1) fehlerhaft beurteilt und daher einen wichtigen Grund für seine Abberufung nicht als glaubhaft gemacht angesehen. Überdies trägt er in seiner Berufungsbegründung vor, nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz seien weitere Anhaltspunkte für ein Fehlverhalten des Verfügungsbeklagten zu 1) aufgetaucht, die dessen Abberufung rechtfertigten. Auch diese Vorwürfe gehen dahin, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) (weitere) Kosten seiner privaten Lebensführung als betrieblich bedingte Ausgaben zu Lasten der Gesellschaft abgerechnet haben soll. U. a. soll er private Tankausgaben seiner Familienangehörigen über die Gesellschaft als betrieblich veranlasst abgerechnet haben.

Der Verfügungskläger beantragt, 69

unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Köln vom 02.03.2007 (Az. 89 O 5/07), 70

3. dem Verfügungsbeklagten zu 1) bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage des Verfügungsklägers vom 23.01.2007 (Köln 89 O 4/07) gegen die Verfügungsbeklagten auf Ausschließung des Verfügungsbeklagten zu 1) aus der offenen Handelsgesellschaft in Firma Privatbrauerei H. C. & Co. (AG Köln HRA XXX1) unter gleichzeitiger Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu untersagen, Geschäftsführungsaufgaben der Privatbrauerei H. C. & Co. wahrzunehmen und diese Gesellschaft zu vertreten; 71

4. anzuordnen, dass die Verfügungsbeklagten bei der Eintragung der Entziehung der Vertretungsmacht des Verfügungsbeklagten zu 1) in das Handelsregister bei AG Köln (HRA XXX1) mitzuwirken haben; 72

3. hilfsweise, falls der Antrag zu 1. zurückgewiesen wird, 73

e. dem Verfügungsbeklagten zu 1) bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage des Verfügungsklägers vom 23.01.2007 (Köln 89 O 4/07) gegen die Verfügungsbeklagten auf Ausschließung des Verfügungsbeklagten zu 1) aus der offenen Handelsgesellschaft in Firma Privatbrauerei H. C. & Co. (AG Köln HRA XXX1) die Befugnis zu entziehen, Geschäftsführungsaufgaben der Privatbrauerei H. C. & Co. wahrzunehmen und diese Gesellschaft zu vertreten, 74

f. dem Verfügungsbeklagten zu 1) unter gleichzeitiger Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu untersagen, Geschäftsführungsaufgaben der Privatbrauerei H. C. & Co., wahrzunehmen und diese Gesellschaft zu vertreten, 75

g. dem Verfügungsbeklagten zu 2) und dem Verfügungsbeklagten zu 3) aufzugeben, dem o.g. Antrag zu 3a) des Verfügungsklägers zuzustimmen, 76

h. anzuordnen, dass die Verfügungsbeklagten bei der Eintragung der Entziehung der Vertretungsmacht des Verfügungsbeklagten zu 1) in das Handelsregister beim AG Köln (HRA XXX1) mitzuwirken haben. 77

Die Verfügungsbeklagten beantragen, 78

79

die Berufung zurückzuweisen.

Die vom Verfügungskläger beanstandeten Ausgaben des Verfügungsbeklagten zu 1) seien überwiegend betrieblich veranlasst. Soweit es sich in einigen Fällen um private Ausgaben handele, sei es Aufgabe der Buchhaltung gewesen, diese – ggf. nach Nachfrage – auch als Privatentnahmen des Verfügungsbeklagten zu 1) zu Lasten seines Gesellschafterkontos zu verbuchen. Soweit etwa Rechnungen für Tankvorgänge der Ehefrau oder der Söhne des Verfügungsbeklagten zu 1) als betrieblich veranlasst gebucht worden seien, so sei dies fälschlicherweise geschehen. Der Verfügungsbeklagte zu 1) habe einen Teil der Tankkosten übernehmen wollen und habe zu diesem Zweck seiner Ehefrau und seinen Söhnen Teile der Tankkosten bar erstattet und die Rechnungen bei der Gesellschaft eingereicht, wo sie als Privatentnahme hätten verbucht werden müssen. Den Mitarbeitern der Gesellschaft sei aus den Rechnungen entweder durch die Aufführung seiner Ehefrau als Rechnungsempfänger oder durch ihre Kenntnis der Kreditkartennummer seiner Ehefrau erkennbar gewesen, dass es sich um private Ausgaben gehandelt habe, woraufhin eine Rückfrage bei ihm nach der Veranlassung der Fahrt hätte erfolgen müssen.

Die Verfügungsbeklagten meinen, der Verfügungskläger handele treuwidrig, wenn er sich auf die Fehlbuchungen zur Begründung seines Abberufungsbegehrens berufe. Sie behaupten hierzu u. a., der Verfügungskläger habe Belege über angeblich betrieblich veranlasste Ausgaben in Deutschland eingereicht, die in einer Zeit getätigt worden seien, in der er sich unstreitig in den USA befunden habe.

Der Verfügungskläger bestreitet dieses und gibt an, in solchen Fällen seien in Deutschland Bewirtungen bzw. Kurierfahrten im Interesse der Gesellschaft durchgeführt worden. Entsprechende Bewirtsungsbelege habe er im Vorhinein blanko unterzeichnet und dann die Buchhaltung zu deren Ausfüllung angewiesen.

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen T.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 09.08.2007 verwiesen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Die Hauptanträge (Anträge zu 1) und 2)) sind unbegründet, weil der Verfügungsbeklagte zu 1) am 17.01.2007 nicht wirksam als Geschäftsführer der Gesellschaft abberufen wurde.

a) Der Antrag des Verfügungsklägers, den Verfügungsbeklagten gemäß §§ 14 Abs. 4, 19 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages ohne wichtigen Grund als Geschäftsführer der Gesellschaft abzuwählen, hat keine Mehrheit gefunden, sondern wurde mit den Stimmen der Verfügungsbeklagten abgelehnt. Die erforderliche Mehrheit wäre nur dann erreicht worden, wenn der Verfügungsbeklagte zu 1) von der Abstimmung ausgeschlossen gewesen wäre und deshalb seine Stimmen nicht gezählt werden dürften. Dies war jedoch nicht der Fall, denn er durfte bei diesem Organisationsakt mitstimmen, obwohl er davon selbst betroffen war (vgl. BGH, Urt. v. 09.07.1990 - II ZR 9/90 -, ZIP 1990, 1194; Urt. v. 21.04.1969 - II ZR 200/67 -, NJW 1969, 1483; Urt. v. 09.12.1968 - II ZR 57/67 -, BGHZ 51, 209; Enzinger, in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl., 2006, § 119 Rdnr. 32). Dementsprechend hatte sich auch der Verfügungskläger an der vorausgegangenen Abstimmung über seine Abberufung ohne wichtigen Grund beteiligt.

b) Die Abberufung des Verfügungsbeklagten zu 1) aus wichtigen Grund war unwirksam. Zwar durfte der Verfügungsbeklagte zu 1) als Betroffener nicht mitstimmen, sodass seine Stimmen ungültig sind (vgl. BGH, Urt. v. 01.04.1953 - II ZR 235/52 -, BGHZ 9, 178, Enzinger; in: MünchKomm-HGB, a. a. O., § 119 Rdnr. 32), jedoch war der mit der Mehrheit der vom Verfügungskläger abgegebenen Stimmen gefasste Beschluss mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes unwirksam. Dem insoweit beweisbelasteten Verfügungskläger ist es im Rahmen dieses Verfahrens nicht gelungen, das Vorliegen eines wichtigen Grundes glaubhaft zu machen.

Zur Annahme eines wichtigen Grundes bedarf es einer Gesamtabwägung, ob die Fortsetzung der Geschäftsführung für die anderen Gesellschafter unzumutbar ist, weil wichtige Belange der Gesellschaft gefährdet sind (BGH, Urt. v. 17.12.1959 - II ZR 32/59 -, NJW 1960, 625). Maßgeblich für die Beurteilung des Vorliegens eines wichtigen Grundes ist der Zeitpunkt der Abberufungsentscheidung. Allein der Kenntnisstand der Parteien zu diesem Zeitpunkt kann zur Bewertung führen, dass die Abberufungsentscheidung mit wichtigem Grund erfolgte (BGH, Urt. v. 18.06.1984 - II ZR 221/83 -, NJW 1984, 1689). Ein Nachschieben von Gründen würde dazu führen, dass nicht mehr das zuständige Organ die Gründe abwägen und über die Abberufung entscheiden würde (BGH, Urt. v. 29.03.1973 - II ZR 20/71 -, BGHZ 60, 333). 89

Zum Zeitpunkt des Gesellschafterbeschlusses lagen der Gesellschafterversammlung keine Tatsachen vor, die einen wichtigen Grund für eine Abberufung darstellten. Dabei ist zum Kenntnisstand der Gesellschafterversammlung auf die Schreiben des Verfügungsklägers vom 12.01.2007 und des Verfügungsbeklagten zu 1) vom 16.01.2007 (Anlage A 1 zum Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten der Verfügungsbeklagten zu 1) und 3) in dem Parallelverfahren 18 U 53/07) abzustellen. 90

Bei vielen Vorwürfen ist schon streitig, ob es sich überhaupt um eine private Ausgabe handelt. Hier konnte der Verfügungskläger seine Behauptungen nicht glaubhaft machen. Soweit er hierfür eine eidesstattliche Versicherung vorgelegt hat, konnte der Senat dieser keine höhere Beweiskraft zumessen als der eidesstattlichen Versicherung des Verfügungsbeklagten zu 1). Es ist nicht außergewöhnlich und per se nicht zu beanstanden, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) Ausgaben ohne Kenntnis des Verfügungsklägers tätigte, die er nun keinem genauen geschäftlichen Anlass mehr zuordnen kann. Der Verfügungsbeklagte zu 1) war damals Geschäftsführer der Gesellschaft mit eigenem Zuständigkeitsbereich. In keinem Fall lagen aber Indizien vor, die den Senat von der Richtigkeit des Vortrags des Verfügungsklägers überzeugen konnten. Entweder konnte er schon den privaten Charakter der Ausgabe nicht glaubhaft machen oder es gelang ihm nicht, die Fehlverbuchung auf ein absichtliches Verhalten des Verfügungsbeklagten zu 1) zurückzuführen: 91

- Komplex "Biermuseum" 92

Die in Rechnung gestellten IT-Leistungen stellen sich eher als für die Gesellschaft erbrachte Leistungen dar (z.B. EDV-Schulungen). Die vorgelegte Vereinbarung vom 24.02.1998 lässt für die unstreitig für das Biermuseum erbrachten anderweitigen Leistungen nicht erkennen, dass diesbezüglich jegliche Kostenerstattung ausgeschlossen sein sollte. Eine Kollusion zwischen dem Fotografen und dem Verfügungsbeklagten zu 1) konnte nicht glaubhaft gemacht werden. 93

- Komplex "Fotografie" 94

Keine Rechnung stellt sich als eindeutig privat dar, vielmehr beschreiben einige Rechnungen Leistungen, die auf den ersten Blick eher geschäftlicher Natur zu sein scheinen (z.B. "Fotoaufnahmen in Ihrem Abfüll- und Logistikzentrum").	95
• Komplex "Dekorationsmaterialien"	96
Es bestehen keine Hinweise auf den privaten Charakter der getätigten Einkäufe. Zum Teil wird als Abholerin eine "Frau C.", zum Teil aber auch eine "Frau H.", ein "W. K." oder ein "W. B.", überwiegend aber niemand angegeben. Soweit einige Male der Kaufgegenstand genauer angegeben wird, handelt es sich um einen solchen, der sowohl für eine private als auch für eine geschäftliche Verwendung geeignet ist (z.B. "Weihnachtspapier").	97
• Komplex "China-Seminar"/"Indienreise"	98
Es ist eine Frage der Geschäftsführung, ob die Gesellschaft Kosten Dritter für eine Tätigkeit in ihrem Interesse ersetzt oder aus Repräsentationszwecken auch die Ehefrau des Geschäftsführers an einer Reise teilnimmt. Insoweit besteht ein weiter Ermessensspielraum, der nicht offensichtlich überschritten wurde.	99
• Komplex "Golfclub-Zelt"/"Kunstsalon"	100
Werbemaßnahmen, auch in Form von Spenden, sind grundsätzlich Teil der Geschäftsführung. Schon eine reine Kundenbindungsmaßnahme gegenüber dem Golfclub fällt in das Ermessen der Geschäftsführung. Wenn diese im Fall des Kunstsalons sogar mit dem verantwortlichen Mitarbeiter abgesprochen worden sein sollten, bestehen erst recht keine Bedenken gegen diese Ausgabe. Für eine solche Absprache spricht, dass einige "Rechnungen" an Herrn T. adressiert waren. Eine von ihm behauptete Kollusion zwischen dem Verfügungsbeklagten zu 1) und Herrn T. zu Lasten der Gesellschaft konnte der Verfügungskläger nicht glaubhaft machen.	101
• Komplex "Metzgerei"	102
Die Bewirtsungsbelege verzeichnen jeweils einen Anlass, der unter Öffentlichkeitsarbeit gefasst ("Brauereibesichtigung", Bewirtung von Brauereibundmitgliedern u.ä.) und der die jeweils in Rechnung gestellte Lieferung ("halbes belegtes Röggelchen", "Erbsensuppe", "Fleischkäs" u.ä.) sinnvoll zugeordnet werden kann. Anzeichen für ein Zusammenfassen mehrerer Einkäufe unter einem anderen Datum und Titel liegen nicht vor.	103
• Komplex "Schwimmbadzubehör"	104
Hier wurden die Belege für die Ausgaben, die der Verfügungskläger dem Verfügungsbeklagten zu 1) vorwirft, von Herrn S. unterzeichnet. Eine Kollusion zwischen dem Verfügungsbeklagten zu 1) und Herrn S. konnte der Verfügungskläger nicht glaubhaft machen.	105
Zum Teil handelt es sich bei den als betrieblich veranlasst gebuchten Kosten unstreitig um private Ausgaben ("Transportkosten Frankreich", "Dekoration Freshnails", "Blumengruß New York", "Mobilfunkrechnungen"; "private Verwendung von Mitarbeitern"). Diesbezüglich konnte der Verfügungskläger aber nicht glaubhaft machen, dass der Verfügungsbeklagte zu 1)	106

wissentlich die Verbuchung als betriebliche Ausgabe veranlasst hat. Es war in der Gesellschaft üblich, dass auch private Ausgaben über die Gesellschaft abgerechnet wurden, indem die entsprechenden Rechnungen von der Gesellschaft beglichen und der jeweilige Betrag als Privatentnahme dem internen Konto des jeweiligen Gesellschafters belastet wurde. So ist auch der Verfügungskläger in der Vergangenheit verfahren.

Die Behauptung des Verfügungsklägers, der Verfügungsbeklagte zu 1) habe den ordnungsgemäßen Buchungsweg – und damit die Vorlage an ihn – umgangen und die Rechnungen direkt in der Buchhaltung eingereicht mit der Weisung, diese als betrieblich (und nicht als Privatentnahme) veranlasst zu verbuchen, konnte er nicht glaubhaft machen. Der noch nachvollziehbare Vortrag des Verfügungsbeklagten zu 1), er sei jeweils angesichts der klaren Erkennbarkeit als Privatentnahme davon ausgegangen, die Buchhaltung werde die Zahlung korrekt als Privatentnahme behandeln, konnte nicht widerlegt werden. 107

Der Zeuge T., der u. a. für die Buchhaltung zuständige Prokurist der Gesellschaft, bekundete, dass ihm eine ausdrückliche Weisung, eine private Rechnung als betriebliche Ausgabe zu verbuchen nicht bekannt sei. Es gab auch keine Regelung innerhalb der Gesellschaft, dass Zahlungsbelege die Privatentnahmen betrafen, dem Verfügungskläger und/oder dem Prokuristen T. gesondert vorzulegen waren. Soweit der Verfügungskläger dies zunächst vorgetragen hat, hat er dies im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht wiederholt. Die Vernehmung des Zeugen T. hat hierfür auch keinerlei Anhaltspunkt erbracht. Allerdings hat der Zeuge T. bekundet, dass aus Sicht der Buchhaltung alle von den geschäftsführenden Gesellschaftern abgezeichneten Rechnungen, bei denen nicht ausdrücklich – mündlich oder schriftlich – auf einen privaten Zweck hingewiesen wurde, als betrieblich veranlasst angesehen und entsprechend verbucht wurden. Dies erscheint im Grundsatz auch nachvollziehbar, denn in vielen Fällen können Ausgaben sowohl betrieblich als auch privat veranlasst sein und es erscheint schon aufgrund der Arbeitsabläufe wenig sachgerecht, insofern jeweils eine Nachfrage seitens der Buchhaltung bei den geschäftsführenden Gesellschaftern zu fordern, wenn diese zunächst schon die Möglichkeit haben, eine private Aufwendungen betreffende Rechnung aus dem Posteingang herauszunehmen und diese jedenfalls bei ihrer Abzeichnung als privat veranlasst zu kennzeichnen. Es erscheint deshalb nicht zweifelhaft, dass der Verfügungsbeklagte die auch nach seiner Darstellung erfolgten Fehlbuchungen ohne weiteres hätte vermeiden können. 108

Der Senat konnte jedoch im Rahmen dieses Verfahrens bezüglich dieser Rechnungen noch nicht die sichere Überzeugung gewinnen, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) insoweit vorsätzlich gehandelt hat, er also private Ausgaben zu Lasten der Gesellschaft abrechnen wollte. Aus der Aussage des Zeugen T. ergibt sich, dass die geschäftsführenden Gesellschafter die Buchungsvermerke in der Regel nur unvollständig ausfüllten, indem sie lediglich als Kostenverursacher zeichneten. Die eigentlich auch vorgesehene Angabe des Kontos, zu dessen Lasten die Buchung erfolgen sollte, ließen sie dagegen regelmäßig aus, so dass es insbesondere auch keine Belege gibt, in denen der Verfügungsbeklagte zu 1) bei einer Privatausgabe ein nur für betriebliche Ausgaben vorgesehenes Konto angegeben hätte. Teilweise hat die Buchhaltung private Ausgaben schon aufgrund der Umstände als solche erkannt und entsprechend verbucht, etwa wenn die Rechnung die Privatanschrift des Verfügungsbeklagten zu 1) aufwies. Schließlich hat der Zeuge T. auch eingeräumt, dass die Buchhaltung selbst aufgrund der Umstände – und nicht erst auf Weisung des Verfügungsbeklagten zu 1) – die Telefonkosten für dessen Angehörige als private Ausgaben hätte verbuchen können und müssen, weil sich der private Charakter dieser Ausgaben ohne weiteres aus den Unterlagen ergab. Diese Umstände sprechen dafür, dass es der Buchhaltung jedenfalls teilweise möglich war, private Ausgaben zu erkennen. Deshalb 109

musste der Verfügungsbeklagte zu 1) es nicht für ausgeschlossen halten, dass die Buchhaltung im Regelfall in der Lage sei, private Ausgaben auch ohne seinen Hinweis als solche zu erkennen und entsprechend zu verbuchen. Seine Angabe, die er im Rahmen der Anhörung durch den Senat und einer eidesstattlichen Versicherung vom 09.08.2007 noch einmal bekräftigt hat, er sei gerade hiervon ausgegangen, kann der Senat deshalb noch nicht als durch die Umstände widerlegt ansehen.

Angesichts der Tatsache, dass die den Gesellschaftern zumindest einmal jährlich zur Verfügung gestellten Übersichten über ihre Privatentnahmen nach Bekundung des Zeugen T. mehrere hundert Buchungen enthielten, kann auch nicht zwingend angenommen werden, dass dem Verfügungsbeklagten zu 1) die Falschverbuchungen aufgefallen sind und er deren Korrektur bewusst nicht herbeigeführt hat. Aufgrund der im Verhältnis zum Gesamtumsatz auf seinem Gesellschafterkonto eher geringfügigen "Fehlbuchungen" mussten ihm diese auch angesichts der jeweiligen Salden nicht auffallen. 110

Soweit der Verfügungskläger dem Verfügungsbeklagten zu 1) Fehlverhalten als Geschäftsführer der Gesellschaft im Vertragsverhältnis zu seiner Ehefrau vorwirft, die die Gaststätte "N." betreibt und in dieser Eigenschaft Abnehmerin der Gesellschaft ist, fehlt es bereits an einem hinreichenden Sachvortrag. Der Vertrag zwischen der Gesellschaft und der Ehefrau des Verfügungsbeklagten zu 1) wurde von keiner Partei vorgelegt, sodass eventuelle Bezugsverpflichtungen nicht beurteilt werden können. Zudem gesteht der Verfügungskläger zu, den behaupteten Verstoß schon 2002 bemängelt zu haben. Diese vierjährige Duldung führt dazu, dass selbst bei einem Verstoß gegen die Bezugsverpflichtung das Verhalten des Verfügungsbeklagten zu 1) keine Abberufung rechtfertigen würde. 111

Sollte der Verfügungsbeklagte zu 1) bei der J.-Bank erreicht haben, dass diese auf vorgesehene Entnahmegrenzen für die Gesellschafter im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung für die beabsichtigte Übernahme weiterer Anteile an der L. & T. GmbH (künftig: L & T GmbH) verzichtete, ist dies nicht vorwerfbar. Ein solches Verhalten stellt sich – als wahr unterstellt – nicht als pflichtwidrig dar. Wenn der Verfügungskläger im Hinblick auf seine persönliche Haftung eine Entnahmegrenze für sinnvoll hält, liegt es an ihm, dies über die Gesellschafterversammlung durchzusetzen. Eine Ermöglichung einer größeren Flexibilität der Gesellschaft kann nicht pflichtwidrig sein. 112

Das Verhalten des Verfügungsbeklagten zu 1) im Zusammenhang mit dem geplanten Erwerb weiterer Anteile der L & T GmbH stellt sich nicht als grob pflichtwidrig dar, selbst wenn er – wie vom Verfügungskläger behauptet – diesen nicht immer direkt über eigene Verhandlungen informiert haben sollte. Die Aufstockung der Beteiligung ist eine Entscheidung, die von den Gesellschaftern getroffen werden musste. Allein ihnen – und grundsätzlich nicht dem Gericht – obliegt es, die Wirtschaftlichkeit einer solchen Entscheidung zu beurteilen. Dafür, dass die getroffene Entscheidung, die Übernahme aller Anteile in Zusammenarbeit mit der T. Brauerei anzustreben, völlig unvertretbar gewesen wäre, liegen keine Anhaltspunkte vor. Eine unbefugte Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen in diesem Zusammenhang wurde nicht glaubhaft gemacht. Es ist normal und grundsätzlich auch im Interesse einer Gesellschaft, wenn bei Verhandlungen über gemeinsame Beteiligungen sowohl Informationen über die Gesellschaft als auch über das Zielobjekt an Verhandlungspartner gegeben werden. Kein Dritter würde über eine gemeinsame Übernahme einer Gesellschaft verhandeln, ohne Daten über diese Gesellschaft und ggf. seinen Vertragspartner zu erhalten, die das, was auf den ersten Blick an Informationen verfügbar ist, deutlich überschreiten. Konkrete Einzelheiten, die auch im Interesse der Gesellschaft nicht hätten übermittelt werden dürfen, trägt der Verfügungskläger nicht vor. 113

2. Auch die Hilfsanträge sind nicht begründet. Durch die nach der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erhobenen Vorwürfe ergibt sich zwar ein Untreueverdacht gegen den Verfügungsbeklagten zu 1), der ein wichtiger Grund für eine Abberufung nach § 117 HGB sein könnte. Doch kann sich der Verfügungskläger darauf nicht berufen. Ein Verbleiben des Verfügungsbeklagten zu 1) in der Geschäftsführung ist für ihn nicht unzumutbar, weil er selber unter Untreueverdacht steht. 114

a) Der Untreueverdacht gegen den Verfügungsbeklagten zu 1) ergibt sich daraus, dass er als Geschäftsführer eine Vielzahl von privaten Tankausgaben über die Gesellschaft abgerechnet hat. Dies stellt grundsätzlich einen wichtigen Grund zu Abberufung eines geschäftsführenden Gesellschafters dar (vgl. zur Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers bei berechtigtem Verdacht einer groben Pflichtverletzung BGH, Urt. v. 17.02.1997 - II ZR 278/95 -, DStR 1998, 1151; spezieller zum Verdacht des strafbaren Vermögensdelikts BGH, Urt. v. 14.06.1999 - II ZR 193/98 -, NJW 1999, 2820; zur bewusst falschen Verbuchung durch Fälschung von Abrechnungen OLG Hamm, Urt. v. 07.05. 1984 - 8 U 22/84 -, GmbHR 1985, 119). 115

Der entsprechende Vortrag des Verfügungsklägers ist nicht verspätet, da neu aufgefundene Beweismittel immer verwendet werden dürfen, weil dadurch eine Restitutionsklage vermieden wird (Gummer/Heßler, in: Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 531 Rndr. 30 m.w.N.). Der Verfügungskläger hat durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemacht, dass ihm diese Beweismittel zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht zur Verfügung standen. Auch der umfangreiche Vortrag schon in der ersten Instanz spricht dafür, dass der Verfügungskläger die Vorwürfe ansonsten dort schon vorgetragen hätte und daher nicht zurückgehalten hat. 116

Es ist unstreitig, dass private Tankvorgänge der Ehefrau und der Söhne des Verfügungsbeklagten zu 1) als betrieblich veranlasst gebucht wurden, indem der Verfügungsbeklagte zu 1) die entsprechenden Barbelege (in der Regel Kreditkartenabrechnungen) bei der Buchhaltung einreichte und den entsprechenden Betrag bar ausgezahlt bekam. Der erläuternde Vortrag des Verfügungsbeklagten zu 1), warum gleichwohl kein Fehlverhalten seinerseits vorliege, ist nicht nachvollziehbar und muss vor dem Hintergrund der Aussage des Zeugen T. als bloße Schutzbehauptung angesehen werden. Nach dieser Aussage steht für den Senat fest, dass die Buchhaltung bei eingereichten Barbelegen ohne weiteres davon ausgehen muss, dass es sich um betrieblich veranlasste Ausgaben handelt. Der Senat teilt die Auffassung des Zeugen, dass es keinen Sinn macht, Barbelege einzureichen, wenn die entsprechenden Barbeträge zu Lasten des Gesellschafterkontos verbucht werden sollten. Für den Gesellschafter besteht keinerlei Veranlassung, die Verwendung von seinem Gesellschafterkonto entnommener Barbeträge gegenüber der Gesellschaft nachzuweisen. Dies ist allein seine Privatangelegenheit. Dies wusste auch der Verfügungsbeklagte und deshalb ergibt die Einreichung derartiger Barbelege im Zusammenhang mit der Entgegennahme entsprechender Beträge nur Sinn, wenn man – wie es dann auch tatsächlich geschehen ist – davon ausgeht, dass die Verbuchung als Betriebsausgabe zu Lasten der Gesellschaft erfolgen sollte. 117

Gegen die Annahme einer Untreue bei der Einreichung von Barbelegen für Privatausgaben spricht auch nicht, dass anhand von Namen oder Kreditkartennummern auf den Tankbelegen letztlich erkennbar ist, wer die Ausgabe getätigt hat. Wie vom Verfügungsbeklagten zu 1) an mehreren Stellen behauptet, haben auch seine Familienangehörigen betriebliche Ausgaben getätigt. Selbst wenn der Buchhaltung also aufgefallen wäre, dass eine Zahlung durch "C./A", also Frau A. C., die Ehefrau des Verfügungsbeklagten zu 1), erfolgt war, hätten sie daraus nicht den Schluss ziehen können, dass es sich um eine private Ausgabe handelte. Eine 118

Nachfrage war aber aus ihrer Sicht entbehrlich, da sie aus den o. g. Gründen davon ausgehen mussten, dass der Verfügungsbeklagten zu 1) Barbelege nur dann einreichte, wenn die Ausgaben betrieblich veranlasst waren.

b) Die übrigen Vorwürfe begründen aus heutiger Sicht dagegen keinen berechtigten Untreueverdacht gegen den Verfügungsbeklagten zu 1). Bei vielen der neuen Vorwürfe ist – wie schon bei den bereits erstinstanzlich vorgetragenen Vorwürfen – streitig, ob es sich überhaupt um eine private Ausgabe handelt. Hier konnte der Verfügungskläger seine Behauptungen wiederum nicht glaubhaft machen. Soweit er hierfür eine eidesstattliche Versicherung vorgelegt hat, konnte das Gericht dieser keinen höheren Beweiskraft zumessen als der eidesstattlichen Versicherung des Verfügungsbeklagten zu 1). Dies gilt für die Komplexe "Getränkeliieferungen", "Espressomaschine", "H.-Herbst-Turniere", z.T. "Weihnachtslachs", "Portoausgaben", "N. und andere Bewirtungsausgaben", "Ausgaben Frankreich", "Blumenstrauß T." und "bezahlte Rechnungen durch den Sohn/die Tochter des Verfügungsbeklagten zu 1)". 119

Im Komplex "Rechnung C." – der Verfügungsbeklagte zu 1) hatte eine Honorarrechnung seines jetzigen Verfahrensbevollmächtigten für dessen Tätigkeit gegenüber der J.-Bank im Zusammenhang mit der Mezzanine-Finanzierung von der Gesellschaft bezahlen lassen - liegt ebenfalls keine Untreuehandlung des Verfügungsbeklagten zu 1) vor. Dieser durfte als Geschäftsführer für die Gesellschaft einen Rechtsberater einschalten, auch wenn ihm persönlich dessen Einschaltung sehr gelegen gekommen sein mag. Es bestand ein Interesse der Gesellschaft daran, dass die Verträge, die sie zu schließen beabsichtigte, klar formuliert waren bzw. Unklarheiten beseitigt wurden, insbesondere wenn es um außerordentliche Kündigungsregelungen geht. 120

Zum geringen Teil handelt es sich bei den als betrieblich veranlassten Ausgaben unstreitig um private Ausgaben, nämlich bei einem Teil der Weihnachtszuwendungen ("Weihnachtslachs"). Diesbezüglich konnte der Verfügungskläger aber nicht glaubhaft machen, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) wissentlich die betriebliche Verbuchung veranlasst hat. 121

c) Der Verfügungskläger ist aber daran gehindert, wegen des berechtigten Untreueverdachts gegen den Verfügungsbeklagten zu 1) dessen Abberufung aus der Geschäftsführung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu betreiben. Eine weitere Geschäftsführung durch den Verfügungsbeklagten zu 1) ist dem Verfügungskläger nicht unzumutbar, da auch gegen ihn ein berechtigter Untreueverdacht besteht (vgl. BGH, Urt. v. 03.11.1997 - II ZR 353/96 -, NJW 1998, 1223; Urt. v. 19.12.1951 - II ZR 42/51 -, JZ 1952, 276). 122

Es besteht ein berechtigter Untreueverdacht gegen den Verfügungskläger. Dieser hat Bewirtungsbelege als betrieblich veranlasst eingereicht, die nach den vorliegenden Erkenntnissen inhaltlich falsch sind. Aufgrund der Gestaltung der Belege muss der Senat davon ausgehen, dass der Verfügungskläger absichtlich inhaltlich falsche Belege eingereicht hat, um unrechtmäßig Erstattungen von der Gesellschaft zu erhalten. 123

Der Verfügungskläger hielt sich in den letzten Jahren regelmäßig in den USA auf, wo er nach eigenen Angaben auch im Interesse der Gesellschaft tätig war und dementsprechend in erheblichem Umfang betrieblich veranlasste Bewirtungen abrechnete. In einigen Fällen rechnete er betrieblich veranlasste Bewirtungen ab, die angeblich z. T. am gleichen Tag in L. stattgefunden haben sollen. Entgegen dem Vortrag des Verfügungsklägers ist dies nicht immer damit zu erklären, dass er die Bewirtungsbelege vorher blanko abgezeichnet hatte und die Buchhaltung dann die Belege der tatsächlich stattgefundenen Bewirtungen nach seiner 124

Weisung ausfüllte, da einige dieser Belege ihn selber als Teilnehmer der Bewirtungen in L. aufführen.

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Vorkommnisse, wobei der Senat angesichts der jeweils vorgelegten Belege über weitere Ausgaben in den USA an den jeweils vorangegangenen und folgenden Tagen davon ausgeht, dass der Verfügungskläger sich in den USA, nicht aber in Deutschland befand (und nicht umgekehrt):

- 03.02.2001 (Anlage AG 1/3 – 29 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten zu 1)126 und 3))

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer am 03.02.2001 stattgefundenen Bewirtung über 100,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener Anlass der Bewirtung ist die "Abwicklung Darlehensverträge". Zum anderen hat er einen Tankbeleg vom 01.02.2001 aus Miami eingereicht und ist als Teilnehmer einer am 04.02.2001 stattgefundenen Bewirtung im R. C. Hotel in N. (Florida) verzeichnet, als deren Anlass die "Planung Werbemaßnahmen 1. Quartal 2001" aufgeführt ist.

- 09.08.2002 (Anlage AG 1/3 – 33 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten zu 1)128 und 3))

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer an diesem Tag stattgefundenen Bewirtung über 40,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener Anlass der Bewirtung ist "Absatz 2002". Zum anderen ist er als Teilnehmer einer Bewirtung am 08.08.2002 im A. Grill in N. (Florida) aufgeführt, deren angegebener Anlass die "Planung der Aktion H.-Jubiläumsbier" ist. Am 11.08.2002 wurde dann im C. Pizza K. in N. (Florida) bei einer weiteren betrieblichen Bewirtung mit der Kreditkarte des Verfügungsklägers bezahlt.

- 07.03.2003 (Anlage AG 1/3 – 36 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten zu 1)130 und 3))

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer an diesem Tag stattgefundenen Bewirtung über 170,- € im Brauhaus V. in L. aufgeführt. Angegebener Anlass der Bewirtung ist eine "Besprechung Delkredere". Zum anderen wird er aber auch als Teilnehmer einer am gleichen Tag stattgefundenen Bewirtung im C. in New York aufgeführt. Angegebener Anlass sind hier "Verhandlungen über Bierbezug".

- 24.11.2005 (Anlage AG 1/3 – 46 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten zu 1)132 und 3))

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer an diesem Tag stattgefundenen Bewirtung über 800,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener Anlass der Bewirtung ist "Jahresgespräch". Zum anderen wird er aber auch als Teilnehmer einer am gleichen Tag stattgefundenen Bewirtung im B. C. Golf Club in N. (Florida) aufgeführt. Angegebener Anlass ist hier eine "Verhandlung Liefer- und Zahlungsbedingungen".

- 08./20.03.2006 (Anlage AG 1/3 – 47 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten zu 1) und 3))

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer am 08.03.2006 stattgefundenen Bewirtung über 100,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener Anlass der Bewirtung ist "Kundenbetreuung". Zum anderen hat er am gleichen Tag einen Bewirtungsbeleg vom R. C. in N. (Florida) eingereicht, auf dem er aufgeführt ist.	135
Außerdem wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer am 20.03.2006 stattgefundenen Bewirtung über 60,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener Anlass der Bewirtung ist "Kundenbetreuung". Zum anderen hat er vom 19.03.2006 einen Bewirtungsbeleg vom B. C. Golf Club in N. (Florida), auf denen er aufgeführt ist und vom 21.03.2006 einen Tankbeleg eingereicht.	136
Der Verfügungskläger hat die Bewirtungsbelege nach den vorliegenden Erkenntnissen im Wissen um deren Unkorrektheit eingereicht. Anders als bei sonstigen Barbelegen fand hier nicht nur eine Abzeichnung statt, sondern es wurde für jede Bewirtung ein Bewirtungsbeleg ausgefüllt, dessen Inhalt ausgedacht werden musste. Ein Irrtum bei einer Erinnerung an den Bewirtungsanlass ist gänzlich unwahrscheinlich, da die Belege immer relativ zeitnah ausgefüllt wurden. Der Senat hält es zudem für ausgeschlossen, dass dem Verfügungskläger entgangen ist, dass er sich zum fraglichen Zeitpunkt nicht in Deutschland, sondern in den USA befand.	137
Da auch gegen den Verfügungskläger ein berechtigter Untreueverdacht besteht, ist es ihm – bis auf weiteres - zuzumuten, die Geschäftsführung des Verfügungsbeklagten zu 1) weiterhin zu dulden. Wer sich selbst als Geschäftsführer auf Kosten der Gesellschaft bereichert hat, kann dieses Verhalten nicht bei anderen als für einen Geschäftsführer nicht mehr tolerabel geltend machen. Die beide Geschäftsführer treffenden Vorwürfe sind quantitativ und qualitativ ähnlich. In beiden Fällen geht es um Untreuehandlungen durch falsche Abrechnungen von Ausgaben in vierstelliger Höhe. Trotz der vom Verfügungskläger Ende 2006 pauschal geleisteten Erstattung in Höhe von 30.000 € für private Entnahmen, die "irrtümlich" als betrieblich veranlasst gebucht worden waren, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Verfügungskläger sich damit im Sinne eines "Schlussstrichs" ein für alle Mal von derartigen Praktiken losgesagt hätte. Hierfür fehlt es jedenfalls daran, dass er die Konsequenz gezogen und sein Amt als Geschäftsführer niedergelegt hätte. Eine Änderung dieser Sachlage mag sich in der Zukunft ergeben, wenn der Verfügungsbeklagte zu 1) seine Eingriffe in das Vermögen der Gesellschaft fortsetzen sollte oder wenn die von der Gesellschafterversammlung am 31.07.2007 beschlossene Sonderprüfung ergeben sollte, dass er in einem deutlich größerem Umfang als bislang bekannt private Kosten auf die Gesellschaft abgewälzt haben sollte.	138
III.	139
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.	140
IV.	141
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 100.000,00 € festgesetzt.	142
Kreditkartenabrechnungen) bei der Buchhaltung einreichte und den entsprechenden Betrag bar ausgezahlt bekam. Der erläuternde Vortrag des Verfügungsbeklagten zu 1), warum gleichwohl kein Fehlverhalten seinerseits vorliege, ist nicht nachvollziehbar und muss vor	143

dem Hintergrund der Aussage des Zeugen T. als bloße Schutzbehauptung angesehen werden. Nach dieser Aussage steht für den Senat fest, dass die Buchhaltung bei eingereichten Barbelegen ohne weiteres davon ausgehen muss, dass es sich um betrieblich veranlasste Ausgaben handelt. Der Senat teilt die Auffassung des Zeugen, dass es keinen Sinn macht, Barbelege einzureichen, wenn die entsprechenden Barbeträge zu Lasten des Gesellschafterkontos verbucht werden sollten. Für den Gesellschafter besteht keinerlei Veranlassung, die Verwendung von seinem Gesellschafterkonto entnommener Barbeträge gegenüber der Gesellschaft nachzuweisen. Dies ist allein seine Privatangelegenheit. Dies wusste auch der Verfügungsbeklagte und deshalb ergibt die Einreichung derartiger Barbelege im Zusammenhang mit der Entgegennahme entsprechender Beträge nur Sinn, wenn man – wie es dann auch tatsächlich geschehen ist – davon ausgeht, dass die Verbuchung als Betriebsausgabe zu Lasten der Gesellschaft erfolgen sollte.

Gegen die Annahme einer Untreue bei der Einreichung von Barbelegen für Privatausgaben spricht auch nicht, dass anhand von Namen oder Kreditkartennummern auf den Tankbelegen letztlich erkennbar ist, wer die Ausgabe getätigt hat. Wie vom Verfügungsbeklagten zu 1) an mehreren Stellen behauptet, haben auch seine Familienangehörigen betriebliche Ausgaben getätigt. Selbst wenn der Buchhaltung also aufgefallen wäre, dass eine Zahlung durch "C./A", also Frau A. C., die Ehefrau des Verfügungsbeklagten zu 1), erfolgt war, hätten sie daraus nicht den Schluss ziehen können, dass es sich um eine private Ausgabe handelte. Eine Nachfrage war aber aus ihrer Sicht entbehrlich, da sie aus den o. g. Gründen davon ausgehen mussten, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) Barbelege nur dann einreichte, wenn die Ausgaben betrieblich veranlasst waren. 144

b) Die übrigen Vorwürfe begründen aus heutiger Sicht dagegen keinen berechtigten Untreueverdacht gegen den Verfügungsbeklagten zu 1). Bei vielen der neuen Vorwürfe ist – wie schon bei den bereits erstinstanzlich vorgetragenen Vorwürfen – streitig, ob es sich überhaupt um eine private Ausgabe handelt. Hier konnte der Verfügungskläger seine Behauptungen wiederum nicht glaubhaft machen. Soweit er hierfür eine eidesstattliche Versicherung vorgelegt hat, konnte das Gericht dieser keinen höheren Beweiskraft zumessen als der eidesstattlichen Versicherung des Verfügungsbeklagten zu 1). Dies gilt für die Komplexe "Getränkeliieferungen", "Espressomaschine", "H.-Herbst-Turniere", z.T. "Weihnachtslachs", "Portoausgaben", "N. und andere Bewirtungsausgaben", "Ausgaben Frankreich", "Blumenstrauß T." und "bezahlte Rechnungen durch den Sohn/die Tochter des Verfügungsbeklagten zu 1)". 145

Im Komplex "Rechnung C." – der Verfügungsbeklagte zu 1) hatte eine Honorarrechnung seines jetzigen Verfahrensbevollmächtigten für dessen Tätigkeit gegenüber der J.-Bank im Zusammenhang mit der Mezzanine-Finanzierung von der Gesellschaft bezahlen lassen - liegt ebenfalls keine Untreuehandlung des Verfügungsbeklagten zu 1) vor. Dieser durfte als Geschäftsführer für die Gesellschaft einen Rechtsberater einschalten, auch wenn ihm persönlich dessen Einschaltung sehr gelegen gekommen sein mag. Es bestand ein Interesse der Gesellschaft daran, dass die Verträge, die sie zu schließen beabsichtigte, klar formuliert waren bzw. Unklarheiten beseitigt wurden, insbesondere wenn es um außerordentliche Kündigungsregelungen geht. 146

Zum geringen Teil handelt es sich bei den als betrieblich veranlassten Ausgaben unstreitig um private Ausgaben, nämlich bei einem Teil der Weihnachtszuwendungen ("Weihnachtslachs"). Diesbezüglich konnte der Verfügungskläger aber nicht glaubhaft machen, dass der Verfügungsbeklagte zu 1) wissentlich die betriebliche Verbuchung veranlasst hat. 147

c) Der Verfügungskläger ist aber daran gehindert, wegen des berechtigten Untreueverdachts gegen den Verfügungsbeklagten zu 1) dessen Abberufung aus der Geschäftsführung der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu betreiben. Eine weitere Geschäftsführung durch den Verfügungsbeklagten zu 1) ist dem Verfügungskläger nicht unzumutbar, da auch gegen ihn ein berechtigter Untreueverdacht besteht (vgl. BGH, Urt. v. 03.11.1997 - II ZR 353/96 -, NJW 1998, 1223; Urt. v. 19.12.1951 - II ZR 42/51 -, JZ 1952, 276). 148

Es besteht ein berechtigter Untreueverdacht gegen den Verfügungskläger. Dieser hat Bewirtungsbelege als betrieblich veranlasst eingereicht, die nach den vorliegenden Erkenntnissen inhaltlich falsch sind. Aufgrund der Gestaltung der Belege muss der Senat davon ausgehen, dass der Verfügungskläger absichtlich inhaltlich falsche Belege eingereicht hat, um unrechtmäßig Erstattungen von der Gesellschaft zu erhalten. 149

Der Verfügungskläger hielt sich in den letzten Jahren regelmäßig in den USA auf, wo er nach eigenen Angaben auch im Interesse der Gesellschaft tätig war und dementsprechend in erheblichem Umfang betrieblich veranlasste Bewirtungen abrechnete. In einigen Fällen rechnete er betrieblich veranlasste Bewirtungen ab, die angeblich z. T. am gleichen Tag in L. stattgefunden haben sollen. Entgegen dem Vortrag des Verfügungsklägers ist dies nicht immer damit zu erklären, dass er die Bewirtungsbelege vorher blanko abgezeichnet hatte und die Buchhaltung dann die Belege der tatsächlich stattgefundenen Bewirtungen nach seiner Weisung ausfüllte, da einige dieser Belege ihn selber als Teilnehmer der Bewirtungen in L. aufführen. 150

Im Einzelnen handelt es sich um folgende Vorkommnisse, wobei der Senat angesichts der jeweils vorgelegten Belege über weitere Ausgaben in den USA an den jeweils vorangegangenen und folgenden Tagen davon ausgeht, dass der Verfügungskläger sich in den USA, nicht aber in Deutschland befand (und nicht umgekehrt): 151

- 03.02.2001 (Anlage AG 1/3 – 29 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten zu 1) und 3)) 152

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer am 03.02.2001 stattgefundenen Bewirtung über 100,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener Anlass der Bewirtung ist die "Abwicklung Darlehensverträge". Zum anderen hat er einen Tankbeleg vom 01.02.2001 aus Miami eingereicht und ist als Teilnehmer einer am 04.02.2001 stattgefundenen Bewirtung im R. C. Hotel in N. (Florida) verzeichnet, als deren Anlass die "Planung Werbemaßnahmen 1. Quartal 2001" aufgeführt ist. 153

- 09.08.2002 (Anlage AG 1/3 – 33 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten zu 1) und 3)) 154

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer an diesem Tag stattgefundenen Bewirtung über 40,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener Anlass der Bewirtung ist "Absatz 2002". Zum anderen ist er als Teilnehmer einer Bewirtung am 08.08.2002 im A. Grill in N. (Florida) aufgeführt, deren angegebener Anlass die "Planung der Aktion H.-Jubiläumsbier" ist. Am 11.08.2002 wurde dann im C. Pizza K. in N. (Florida) bei einer weiteren betrieblichen Bewirtung mit der Kreditkarte des Verfügungsklägers bezahlt. 155

- 07.03.2003 (Anlage AG 1/3 – 36 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten zu 1) und 3)) 156

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer an diesem Tag 157
stattgefundenen Bewirtung über 170,- € im Brauhaus V. in L. aufgeführt. Angegebener
Anlass der Bewirtung ist eine "Besprechung Delkredere". Zum anderen wird er aber auch als
Teilnehmer einer am gleichen Tag stattgefundenen Bewirtung im C. in New York aufgeführt.
Angegebener Anlass sind hier "Verhandlungen über Bierbezug".

- 24.11.2005 (Anlage AG 1/3 – 46 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten zu 1) 158
und 3))

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer an diesem Tag 159
stattgefundenen Bewirtung über 800,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener
Anlass der Bewirtung ist "Jahresgespräch". Zum anderen wird er aber auch als Teilnehmer
einer am gleichen Tag stattgefundenen Bewirtung im B. C. Golf Club in N. (Florida)
aufgeführt. Angegebener Anlass ist hier eine "Verhandlung Liefer- und
Zahlungsbedingungen".

- 08./20.03.2006 (Anlage AG 1/3 – 47 zur Berufungserwiderung der Verfügungsbeklagten 160
zu 1) und 3))

Zum einen wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer am 08.03.2006 161
stattgefundenen Bewirtung über 100,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener
Anlass der Bewirtung ist "Kundenbetreuung". Zum anderen hat er am gleichen Tag einen
Bewirtungsbeleg vom R. C. in N. (Florida) eingereicht, auf dem er aufgeführt ist.

Außerdem wird der Verfügungskläger als Teilnehmer einer am 20.03.2006 162
stattgefundenen Bewirtung über 60,- € im Restaurant P. in L. aufgeführt. Angegebener
Anlass der Bewirtung ist "Kundenbetreuung". Zum anderen hat er vom 19.03.2006 einen
Bewirtungsbeleg vom B. C. Golf Club in N. (Florida), auf denen er aufgeführt ist und vom
21.03.2006 einen Tankbeleg eingereicht.

Der Verfügungskläger hat die Bewirtungsbelege nach den vorliegenden Erkenntnissen im 163
Wissen um deren Unkorrektheit eingereicht. Anders als bei sonstigen Barbelegen fand hier
nicht nur eine Abzeichnung statt, sondern es wurde für jede Bewirtung ein Bewirtungsbeleg
ausgefüllt, dessen Inhalt ausgedacht werden musste. Ein Irrtum bei einer Erinnerung an den
Bewirtungsanlass ist gänzlich unwahrscheinlich, da die Belege immer relativ zeitnah
ausgefüllt wurden. Der Senat hält es zudem für ausgeschlossen, dass dem Verfügungskläger
entgangen ist, dass er sich zum fraglichen Zeitpunkt nicht in Deutschland, sondern in den
USA befand.

Da auch gegen den Verfügungskläger ein berechtigter Untreueverdacht besteht, ist es ihm – 164
bis auf weiteres - zuzumuten, die Geschäftsführung des Verfügungsbeklagten zu 1) weiterhin
zu dulden. Wer sich selbst als Geschäftsführer auf Kosten der Gesellschaft bereichert hat,
kann dieses Verhalten nicht bei anderen als für einen Geschäftsführer nicht mehr tolerabel
geltend machen. Die beide Geschäftsführer treffenden Vorwürfe sind quantitativ und qualitativ
ähnlich. In beiden Fällen geht es um Untreuehandlungen durch falsche Abrechnungen von
Ausgaben in vierstelliger Höhe. Trotz der vom Verfügungskläger Ende 2006 pauschal
geleisteten Erstattung in Höhe von 30.000 € für private Entnahmen, die "irrtümlich" als
betrieblich veranlasst gebucht worden waren, kann auch nicht davon ausgegangen werden,
dass der Verfügungskläger sich damit im Sinne eines "Schlussstrichs" ein für alle Mal von
derartigen Praktiken losgesagt hätte. Hierfür fehlt es jedenfalls daran, dass er die

Konsequenz gezogen und sein Amt als Geschäftsführer niedergelegt hätte. Eine Änderung dieser Sachlage mag sich in der Zukunft ergeben, wenn der Verfügungsbeklagte zu 1) seine Eingriffe in das Vermögen der Gesellschaft fortsetzen sollte oder wenn die von der Gesellschafterversammlung am 31.07.2007 beschlossene Sonderprüfung ergeben sollte, dass er in einem deutlich größerem Umfang als bislang bekannt private Kosten auf die Gesellschaft abgewälzt haben sollte.

III.	165
Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.	166
IV.	167
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 100.000,00 € festgesetzt.	168