
Datum: 13.03.2008
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 85/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2008:0313.18U85.06.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 85 O 163/05

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten zu 1. wird das am 04.04.2006 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln– 85 O 163/05 – abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte zu 1. wird verurteilt, der Klägerin Auskunft zu erteilen, über welche Geschäftsunterlagen der V GmbH & Co. Speditions KG (Handelsregister Nr. HRA XXX1 Amtsgericht L) er verfügt.

Auf die Zwischenfeststellungsklage des Klägers gegen die Beklagten zu 1. und zu 2. wird festgestellt,

1. dass die V German Consult GmbH (Handelsregister Nr. HRB XXX2 Amtsgericht L) nicht durch Gesellschafterbeschluss des Beklagten zu 1. vom 20.04.2005 als persönlich haftende Gesellschafterin aus der V GmbH & Co. Speditions KG ausgeschieden ist;

2. dass die Beklagte zu 2. nicht durch Gesellschafterbeschluss des Beklagten zu 1. vom 20.04.2005 als neue persönlich haftende Gesellschafterin in die V GmbH & Co. Speditions KG eingetreten ist.

Auf die Widerklage der Beklagten zu 1. und 2. wird die Klägerin verurteilt, folgende Willenserklärungen abzugeben:

1. Ich stimme der Aufnahme der Beklagten zu 2. als persönlich haftende Gesellschafterin in die V GmbH & Co. Speditionen KG zu. Ich stimme meinem Ausscheiden aus der V GmbH & Co. Speditionen KG zu.

2. Hiermit melde ich den Eintritt der Q Transporte GmbH in die V GmbH & Co. Speditionen KG als persönlich haftende Gesellschafterin sowie meinen Austritt aus der V GmbH & Co. Speditionen KG als persönlich haftende Gesellschafterin zum Handelsregister an.

Die weitergehende Widerklage wird abgewiesen. Die Anschlussberufung des Beklagten zu 1. im übrigen wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreites in erster Instanz werden der Klägerin zu 80% und dem Beklagten zu 1. zu 20% auferlegt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden wie folgt verteilt:

Die Gerichtskosten tragen die Beklagten zu 1. und 2. zu 62,5%, der Beklagte zu 1. zu weiteren 2,5% und die Klägerin zu 35%. Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Beklagten zu 1. und 2. zu 62,5% und der Beklagte zu 1. zu weiteren 2,5%. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1. trägt die Klägerin zu 35%. Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2. trägt die Klägerin zu 37,5%. Eine weitergehende Kostenerstattung erfolgt nicht.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin und die Beklagte zu 2. dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120% des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet. Der Beklagte zu 1. darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 7.000,00 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

I.

Die Parteien streiten unter anderem darüber, ob die Klägerin noch Komplementärin der V GmbH & Co. Speditions KG - im folgenden: KG – ist. 3

Gemäß Gesellschaftsvertrag vom 23.04.2004 gründete die damals als V German Consult GmbH firmierende Klägerin zusammen mit dem Beklagten zu 1. die KG. Die Klägerin war die einzige persönlich haftende Gesellschafterin der KG. Der Beklagte zu 1. war mit einer Pflichteinlage von 1.000,00 € einziger Kommanditist der KG und gleichzeitig Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin. 4

Noch vor der Eintragung der KG in das Handelsregister übernahm anstelle des Beklagten zu 1. die D, I & C Limited - heute: D + C Ltd. / E; im folgenden: Ltd. - den Kommanditanteil sowie die Geschäftsanteile an der Klägerin als Treuhänderin für den Beklagten zu 1. 5

In der Folgezeit fanden Verhandlungen statt, um die von der Ltd. an der Klägerin für den Beklagten zu 1. gehaltenen Geschäftsanteile an die F Logistik GmbH zu veräußern. Die Übertragung dieser Anteile erfolgte schließlich durch notariellen Kauf- und Abtretungsvertrag vom 21.04.2005 mit Wirkung zum 01.07.2005. 6

Mit Anwaltsschreiben vom 29.08.2005 wurde dem Beklagten zu 1. von der F Logistik GmbH untersagt, in irgendeiner Form für die Klägerin und die KG tätig zu werden und sämtliche Geschäftsunterlagen der KG bis zum 02.09.2005 herauszugeben. Hierauf antwortete der von dem Beklagten zu 1. seinerzeit mandatierte Zeuge Dr. T für den Beklagten zu 1. und die Ltd. mit Schreiben vom 31.08.2005, dass Gesellschafter der KG die Klägerin und die Ltd. seien; da die Klägerin nicht am Gesellschaftsvermögen der KG beteiligt sei, habe diese keinerlei Möglichkeiten, in die Gesellschafterrechte einzugreifen; vielmehr untersage man der Klägerin sämtliche Geschäftsführertätigkeiten und fordere diese bis zum 01.09.2005 zur Auskunft über die vorgenommenen Maßnahmen als Geschäftsführer auf. 7

Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung der F Logistik GmbH vom 02.09.2005 wurde der Beklagte zu 1. als Geschäftsführer der Klägerin abberufen. Die vormaligen Geschäftsführer der F Logistik GmbH sind nunmehr Geschäftsführer der jetzt unter G Transporte GmbH firmierenden Klägerin. 8

Mit Schreiben vom 19.09.2005 teilte der Zeuge Dr. T dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit, dass die Klägerin mit der Übertragung ihrer Geschäftsanteile auf die F Logistik GmbH aus der KG ausgeschieden sei und nach einem Gesellschafterbeschluss vom 02.09.2005 nunmehr die Beklagte zu 2. als Komplementärin in die KG eingetreten sei und die Geschäftsführungsaufgaben wahrnehme. 9

Unter dem 27.10.2005 forderte der erstinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin den Beklagten zu 1. zur Herausgabe sämtlicher Geschäftsunterlagen sowie zur Auskunftserteilung über sämtliche Rechtsverhältnisse der KG bis zum 31.10.2005 auf. 10

Unter dem 10.11.2005 wurde von dem Beklagten zu 1. eine Niederschrift betreffend einen den Gesellschaftsvertrag ändernden Gesellschafterbeschluss vom 20.04.2005 verfasst, wonach mit sofortiger Wirkung die Beklagte zu 2. in die KG eingetreten und die V German Consult GmbH aus der KG ausgeschieden ist. Ob am 20.04.2005 ein derartiger Beschluss (wirksam) gefasst worden ist, ist zwischen den Parteien streitig. 11

Die entsprechende Anmeldung zum Handelsregister durch die Beklagten erfolgte am 17.01.2006. Mit Hinweis hierauf forderte das Amtsgericht Köln die Klägerin unter dem 09.06.2006 zur entsprechenden Anmeldung als ausscheidende Gesellschafterin auf. Zu einer Eintragung des Ausscheidens der Klägerin als Komplementärin aus der KG kam es nicht.

Das Landgericht hat die gegen den Beklagten zu 1. gerichtete Auskunftsklage mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin sei nicht mehr Komplementärin der KG. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 20.04.2005 sei wirksam. Eine den Auskunftsanspruch unter Umständen begründende konkrete Gefahr, dass der Klägerin infolge ihrer verzögerten Löschung als Komplementärin im Register Aufwendungen entstehen könnten, habe die Klägerin nicht dargelegt. 13

Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der diese nunmehr ferner Zwischenfeststellungsklage gegen den Beklagten zu 1. und die Beklagte zu 2. erhoben hat. 14

Die Klägerin vertritt die Ansicht, das Feststellungsinteresse folge aus den negativen Publizitätswirkungen des Handelsregisters und der gerichtlichen Aufforderung vom 09.06.2006. In der Sache habe das Landgericht der Niederschrift vom 10.11.2005 zu weitgehende Beweismomente zugemessen. Darüber hinaus genüge der Beschluss nicht den nach § 181 BGB an ein zulässiges Insichgeschäft zu stellenden Voraussetzungen einer klaren, einwandfreien und unverzüglichen Dokumentation, wie sie auch in § 35 Abs.4 Satz 2 GmbHG zum Ausdruck komme. 15

Die Klägerin beantragt, 16

unter Abänderung des am 04.04.2006 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln – 8 163/05 – den Beklagten zu 1. zu verurteilen, ihr Auskunft zu erteilen, über welche Geschäftsunterlagen der V GmbH & Co. Spedition KG (Handelsregister Nr. HRA XX Amtsgericht L) er verfügt.

Klageerweiternd beantragt sie im Wege der Zwischenfeststellungsklage gegen die Beklagten zu 1. und zu 2., 18

1. festzustellen, dass die V German Consult GmbH (Handelsregister Nr. HRB XXX2 Amtsgericht L) nicht durch Gesellschafterbeschluss des Beklagten zu 1. vom 20.04.2005 als persönlich haftende Gesellschafterin aus der V GmbH & Co. Spedition KG ausgeschieden ist; 19
2. festzustellen, dass die Beklagte zu 2. nicht durch Gesellschafterbeschluss des Beklagten zu 1. vom 20.04.2005 als neue persönlich haftende Gesellschafterin in die V GmbH & Co. Spedition KG eingetreten ist.

Der Beklagte zu 1. beantragt, 20

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 21

Im Wege der erstmals im Berufungsrechtszug erhobenen Widerklage beantragen die Beklagten zu 1. und 2., 22

1. festzustellen, dass die Klägerin nicht Gesellschafterin (Komplementärin oder Kommanditistin) der V GmbH & Co. Spedition KG ist, 23
2. festzustellen, dass die Beklagte zu 2. Komplementärin der V GmbH & Co. Spedition KG ist,

3. die Klägerin zu verurteilen, ihr Ausscheiden als Gesellschafterin aus der V GmbH & Co. Speditionen KG zum Handelsregister anmelden;

hilfsweise, 24

die Klägerin zu verurteilen, folgende Willenserklärungen abzugeben: 25

1. Ich stimme der Aufnahme der Beklagten zu 2. als 26

persönlich haftende Gesellschafterin in die V GmbH & Co. Speditionen KG zu. Ich stimme meinem Ausscheiden aus der V GmbH & Co. Speditionen KG zu.

2. Hiermit melde ich den Eintritt der Q Transporte GmbH in die V GmbH & Co. Speditionen KG als persönlich haftende Gesellschafterin sowie meinen Austritt aus der V GmbH & Co. Speditionen KG als persönlich haftende Gesellschafterin zum Handelsregister an. 28

Die Beklagten behaupten, das Handelsregister sei hinsichtlich der Eintragung der Klägerin als Komplementärin der KG unrichtig. Der Beschluss vom 20.04.2005 sei in dieser Form (wirksam) gefasst worden. Man habe nur die Anmeldung dieses Beschlusses zum Handelsregister versäumt, was von dem Zeugen Dr. T erstmals durch das anwaltliche Schreiben der Gegenseite vom 29.08.2005 bemerkt worden sei. Sie vertreten die Ansicht, die Klägerin verfüge mangels Vermögensbeteiligung und Stimmrecht über keine rechtlichen Möglichkeiten, gegen einen derartigen Beschluss wirksam vorzugehen, zumal dieser für die Klägerin infolge ihrer Entlassung als Haftungssubjekt vorteilhaft sei. 29

Die Beklagten behaupten ferner, Hintergrund des Beschlusses vom 20.04.2005 sei der Notartermin betreffen den Verkauf und die Abtretung der Gesellschaftsanteile vom 21.04.2005 gewesen. Im Rahmen dieses Termins seien – was insoweit zwischen den Parteien unstreitig ist - weitere umfassende Rechtsgeschäfte zwischen allen Beteiligten durchgeführt und umgesetzt worden, nämlich 30

- die Übernahme des Frachtführerbetriebes der Beklagten zu 2. durch die Klägerin, mit Ausnahme des sich im Besitz der KG befindenden Fuhrparks, 31
- die Anmietung des Fuhrparks von der KG durch die Klägerin,

- die Verpachtung einer Teilfläche des von der Beklagten zu 2. genutzten Betriebsgrundstückes von dem Beklagten zu 1. als Eigentümer an die Klägerin. 32

Die Beklagten tragen dazu unwidersprochen folgendes vor: 33

Der Beklagte zu 1. habe sich mit diesen Transaktionen auf den Werkstattbetrieb mit der KG konzentrieren und das Frachtgeschäft der Beklagten zu 2. durch Veräußerung an die Klägerin einstellen wollen. Die Klägerin habe er - der Beklagte zu 1. - nicht mehr benötigt, da er die Beklagte zu 2. als Komplementärin in die KG habe einbringen können. Gleichzeitig habe der damalige Geschäftsführer der F Logistik GmbH, Herr A, eine Trennung des bisherigen Geschäftsbetriebes der F Logistik GmbH von dem von der Beklagten zu 2. erworbenen Unternehmen gewünscht, so dass ihm der Beklagte zu 1. die Geschäftsanteile der Klägerin zu diesem Zweck zum Kauf angeboten habe. Nachdem die Klägerin dann nach Durchführung dieser Rechtsgeschäfte die dort vereinbarten Zahlungen nicht geleistet habe, habe der Beklagte zu 1. am 16.02.2006 den Mietvertrag Fuhrpark gekündigt und den Rücktritt 34

von dem Unternehmenskaufvertrag erklärt. Im Zuge der nachfolgenden Verhandlungsgespräche der Parteien habe die Klägerin ihrer Entfernung als Komplementärin aus dem Handelsregister zunächst zugestimmt, diese dann aber verweigert. Die Beklagten vertreten die Ansicht, diese Verweigerung sei nur erfolgt, um über die Irritationen der Geschäftspartner der KG über diesen Registerinhalt wirtschaftlichen Druck aufzubauen und mit den früheren Vertragspartnern der Beklagten zu kontrahieren.	
Die Klägerin verhalte sich vor diesem Hintergrund treu- und sittenwidrig.	35
Die Klägerin beantragt,	36
die Widerklage abzuweisen.	37
Sie vertritt die Ansicht, dass die Widerklageanträge zu 1. und 2. wegen identischer Zielrichtung zu ihren Feststellungsanträgen unzulässig seien, und tritt dem Beklagtenvorbringen mit Sach- und Rechtsausführungen entgegen.	38
Die Beklagten haben dem Zeugen Dr. T mit diesem am 16.11.2006 zugestellten Schriftsatz den Streit verkündet. Der Zeuge ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten.	39
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	40
Der Senat hat Beweis erhoben durch Zeugenvernehmung. Hinsichtlich des Inhaltes und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf Sitzungsprotokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2008 nebst Anlagen verwiesen (Bl. 340 – 355R d.A.).	41
II.	42
Die zulässige Berufung sowie die gemäß § 256 Abs.2 ZPO statthafte Zwischenfeststellungsklage der Klägerin haben auch in der Sache Erfolg.	43
Die im Wege der Anschlussberufung erhobene zulässige Widerklage ist nur in der Fassung des Hilfsantrages begründet.	44
1. Die Zwischenfeststellungsklage der Klägerin ist gemäß § 256 Abs.1 und Abs.2 ZPO zulässig, da die zwischen den Parteien streitige Frage, ob die Klägerin durch einen Gesellschafterbeschluss vom 20.04.2005 aus der KG ausgeschieden und die Beklagte zu 2. als Komplementärin in die KG eingetreten ist, eine entscheidungserhebliche Vorfrage (§ 148 ZPO) für etwaige Auskunftsansprüche der Klägerin, die allein aus einem Gesellschaftsverhältnis der Parteien abgeleitet werden können, darstellt (vgl. BGH NJW 1994, 1353, 1354; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 256 Rd.25). Die Gesellschafterstellung und -beteiligung der Parteien begründet auch ein im Sinne von § 256 Abs.2 ZPO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis (vgl. BGH NJW 1994, 459f.; Zöller/Greger, aaO., § 256 Rd.4 a.E.). Ferner beinhaltet die im einzelnen streitige Stellung der Klägerin als persönlich haftende Gesellschafterin über den Streitgegenstand der schon in erster Instanz erhobenen Auskunftsklage hinausgehende Rechte und Pflichten (vgl. §§ 109ff., 161 Abs.2 HGB), die daher mit den Rechtskraftwirkungen eines klagestattgebenden oder -abweisenden Leistungsurteils (§ 322 Abs.1 ZPO) keine erschöpfende Regelung erfahren würden (vgl. dazu BGH NJW 2004, 3330, 3332 unter II.4.; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 64. Aufl. 2006, § 256 Rd.114; Zöller/Greger, aaO., § 256 Rd.21 und 26 jeweils m.w.N.).	45

Der Klageerweiterung durch Erhebung der Feststellungsklage in der Berufungsinstanz auch gegen die Beklagte zu 2. hat diese zugestimmt.

Die Feststellungsklage ist begründet, da den Beklagten der ihnen obliegende Beweis dafür, dass die Klägerin durch Gesellschafterbeschluss vom 20.04.2005 als Komplementärin aus der KG ausgeschieden und dafür die Beklagte zu 2. als persönlich haftende Gesellschafterin in die KG eingetreten ist, nicht gelungen ist (vgl. zur Beweislast: BGH NJW 1995, 1750, 1752; OLG Hamm NJW-RR 2006, 1189, 1191). Die hier vorliegende prozessuale Situation der Feststellungsklage führt zu keiner Änderung dieser Beweislastverteilung (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 27. Aufl. 2005, § 256 Rd.21; Zöller/Greger, aaO., § 256 Rd.18).

Die Existenz und Wirksamkeit eines derartigen Beschlusses kann nicht schon deshalb verneint werden, weil die Klägerin – unter der Firma V German Consult GmbH - als Komplementärin im Handelsregister eingetragen ist (§ 15 Abs.1 HGB). Zwar handelt es sich bei dem Ausscheiden und dem Neueintritt der persönlich haftenden Gesellschafterin einer GmbH & Co. KG gemäß den §§ 107, 3.Alt., 106 Abs.2 Ziffer 1., 161 Abs.2 HGB um eine eintragungspflichtige Tatsache, so dass nach § 15 Abs.1 HGB die Nichteintragung und Bekanntmachung dieses Wechsels, mithin der Wegfall der Gesellschafterstellung der Klägerin, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden könnte. Indes ist § 15 Abs.1 HGB hier nicht einschlägig, da die Klägerin nicht Dritte im Sinne dieser Norm ist. Vielmehr gelten die negativen Publizitätswirkungen von § 15 Abs.1 HGB nur im Rahmen des Geschäftsverkehrs (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 15 Rd.9; Canaris, Handelsrecht, 23. Aufl. 2000, § 5 Rd.6 und Rd.14f.), mithin nicht für die hier entscheidende Frage nach der Stellung der Klägerin als Komplementärin im Verhältnis der Gesellschafter der KG untereinander. Denn die Klägerin ist insoweit nicht Außenstehende, also Dritte im Sinne von § 15 Abs.1 HGB, sondern an der einzutragenden Tatsache selbst Beteiligte (vgl. Krebs in Münchener Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 2005, § 15 Rd.42f.; Gehrlein in Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 15 Rd.10; ferner K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 14 II, S.394f.).

Auch kommt den von den Beklagten zu den Akten gereichten Unterlagen, insbesondere der Niederschrift vom 10.11.2005, keine die Beschlussfassung vom 20.04.2005 positiv bestätigende Beweiswirkung zu.

Denn auf die Beschlussfassungen der Gesellschafterversammlungen der Klägerin und Beklagte zu 2. am 20.04.2005 findet § 48 Abs.3 GmbHG Anwendung, wonach dann, wenn sich alle Geschäftsanteile der GmbH in der Hand eines Gesellschafters befinden, dieser nach der Beschlussfassung unverzüglich eine Niederschrift aufzunehmen und zu unterschreiben hat (vgl. auch Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl., 2004, § 48 Rd.15; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., 2006, § 48 Rd.47). Das Unverzähligkeitsgebot des § 48 Abs.3 GmbHG wurde hier in Anbetracht des zwischen dem behaupteten Datum der Beschlussfassung am 20.04.2005 und der Niederschrift am 10.11.2005 liegenden Zeitraumes ersichtlich nicht gewahrt (vgl. Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, aaO., § 35 Rd.144; Roth/Altmeyen, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 48 Rd.45).

Zwar führt dieser Verstoß gegen § 48 Abs.3 ZPO nicht automatisch zur Nichtigkeit der betreffenden Beschlussfassung (vgl. nur BGH NJW 1995, 1750, 1752; OLG Hamm NJW-RR 2006, 1189, 1190; OLG Brandenburg NZG 2002, 969, 970; Lutter/Hommelhoff, aaO., § 48 Rd.17; Roth/Altmeyen, aaO., § 48 Rd.44; Zöllner, aaO., § 48 Rd.48). Vielmehr ist entsprechend dem Schutzzweck dieser Regelung, nämlich Sicherheit über den Bestand und den Inhalt der von einer Einpersonengesellschaft gefassten Beschlüsse zu schaffen und nachträgliche Manipulationen vor allem im Interesse Dritter auszuschließen, ein Verstoß

gegen § 48 Abs.3 GmbHG zu verneinen, wenn Inhalt und Bestand des Gesellschafterbeschlusses auf andere wirksame Weise hinreichend sicher dokumentiert waren (vgl. BGH, aaO.; OLG Hamm, aaO., 1191; OLG Brandenburg, aaO.; OLG Köln – 1. Zivilsenat – BB 1993, 1388, 1390f.; Lutter/Hommelhoff, aaO., § 48 Rd.18; Roth/Altmeyen, aaO., § 48 Rd.46f.; Zöllner, aaO., § 48 Rd.46; Goette DStR 1995, 776). Diese hinreichend sichere Dokumentation kann aber der Niederschrift vom 10.11.2005 schon wegen der zwischenzeitlich erfolgten Übertragung der Geschäftsanteile auf die F Logistik GmbH und dem damit verbundenen Verlust der Geschäftsführerstellung des Beklagten zu 1. zum 02.09.2005 nicht zugemessen werden. Auch eine schriftliche Fixierung des Beschlussinhaltes in anderer Form oder eine bindende Verlautbarung gegenüber Dritten liegt nicht vor. Die eingangs unter Ziffer I. der Entscheidungsgründe im einzelnen dargestellte Korrespondenz der (Vertreter der) Parteien vom 29.08., 31.08. und 19.09.2005 erwähnt einen derartigen Beschluss gerade nicht.

Diese Erwägungen zu § 48 Abs.3 GmbHG gelten im Hinblick auf die Rechtsfolgen von § 35 Abs.4 Satz 2 GmbHG entsprechend. 52

§ 35 Abs.4 Satz 2 GmbHG setzt bei einer Einmann-GmbH für Insichgeschäfte des Geschäftsführers mit der Gesellschaft im Sinne von § 181 BGB voraus, dass über derartige Rechtsgeschäfte unverzüglich nach ihrer Vornahme eine Niederschrift aufzunehmen ist. Da die hier im Streit stehenden, nach dem Beklagtenvortrag jeweils in Personalunion als Geschäftsführer und Gesellschafter der Komplementärinnen und Bevollmächtigter der KG am 20.04.2005 vereinbarten gesellschaftsvertraglichen Änderungen in den Anwendungsbereich von § 181 BGB fallen (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 181 Rd.10 und 11a m.w.N.), liegt auch insoweit ein Verstoß gegen § 35 Abs.4 Satz 2 GmbHG vor, weil eine unverzügliche Dokumentation unterlassen worden ist. Da der Gesetzgeber aber einen Verstoß gegen diese Formvorschrift ganz bewusst nicht mit einer eigenständigen Sanktion versehen hat, führt dies nicht zu einer Unwirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte, sondern begründet zu Lasten des handelnden Beklagten zu 1. und der sich ebenfalls auf die Wirksamkeit berufenden Beklagten zu 2. insoweit nachteilige Beweislastfolgen (vgl. Lutter/Hommelhoff, aaO., § 35 Rd.25; Roth/Altmeyen, aaO., § 35 Rd.81 und 83; Zöllner/Noack, aaO., § 35 Rd.144 und 145; Altmeyen NJW 1995, 1182, 1185; Schwarz DStR 1992, 221, 222). 53

Die von der Niederschrift vom 10.11.2005 als Privaturkunde selbst gemäß § 416 ZPO ausgehende Beweiskraft erstreckt sich allein auf den Umstand der in dieser Urkunde verkörperten Erklärung des Ausstellers, indes nicht auf die *Richtigkeit* oder den hier besonders problematischen *Zeitpunkt* der Beschlussfassung (vgl. BGH NJW-RR 1990, 737, 738 – zu § 48 Abs.3 GmbHG; OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 1097, 1098; Zöller/Geimer, aaO., § 416 Rd.9f.; Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl. 2007, § 125 Rd.15 m.w.N. jeweils m.w.N.). 54

Die Vernehmung des Zeugen Dr. T durch den Senat war in Bezug auf diese Beweisfrage unergiebig. Denn der Zeuge hat im Rahmen seiner Aussage wiederholt betont, sich an einen Gesellschafterbeschluss vom Frühjahr 2005 zur Frage der Auswechselung der Komplementärin der KG nicht erinnern zu können und angegeben, auch selbst keinen derartigen Beschluss formuliert zu haben. Mit dieser Aussage hat der Zeuge den Inhalt seines Schreibens vom 22.08.2007 an den Beklagten zu 1. (Bl.282f. d.A.) ausdrücklich und klarstellend revidiert. 55

Auch eine konkludente Beschlussfassung mit dem behaupteten Inhalt zum 20.04.2005 kann nach diesem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht bejaht werden. 56

Allein ein Gespräch zwischen dem Beklagten zu 1. und dem Zeugen über das verfolgte Konzept beinhaltet noch keine (konkludente) Beschlussfassung als Gesellschafter. Im übrigen widerspricht dem schon die eigene Schilderung des Beklagten zu 1. im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat, wonach am 20.04.2005 in seinem Büro eine Besprechung stattgefunden habe, zu der ein von dem Zeugen Dr. T vorbereiteter und gefertigter schriftlicher Beschluss vorgelegen habe. Ein derartiger Beschluss ist jedoch weder von dem Zeugen Dr. T bestätigt noch in der vorprozessualen Korrespondenz der Parteien vom 29.08., 31.08. und 19.09.2005, obwohl dies angesichts des Diskussionsinhaltes zu erwarten gewesen wäre, erwähnt. Vor diesem Hintergrund wäre die Bejahung einer konkludenten Beschlussfassung im vorliegenden Fall mit der Beweis- und Dokumentationsfunktion der §§ 48 Abs.3, 35 Abs.4 Satz 2 GmbHG, mit der diese Diskussionen gerade vermieden werden sollen, nicht zu vereinbaren (vgl. OLG Hamm NJW-RR 2006, 1191; OLG Köln – 1. Zivilsenat – BB 1993, 1388, 1391f. – die Zulässigkeit einer Zeugenbeweisaufnahme jeweils im konkreten Fall verneinend).	57
Die im Rahmen der Gesamtvereinbarungen der Parteien vor dem Notartermin vom 21.04.2005 erkennbar gewordene Interessenlage rechtfertigt allein keine abweichende Beurteilung, da es nach alledem an einer hinreichend sicheren Dokumentation der rechtsgeschäftlichen Umsetzung dieser Interessen durch eine entsprechende Beschlussfassung am 20.04.2005 fehlt.	58
2. Die Klägerin hat gegen den Beklagten zu 1. einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Auskünfte.	59
Dieser Anspruch ergibt sich aus dem zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1. fortbestehenden Gesellschafterverhältnis in Verbindung mit den §§ 118 Abs.1, 161 Abs.2 HGB und § 242 BGB (vgl. Baumbach/Hopt, aaO., § 118 Rd.7 und 12f. m.w.N.).	60
Entsprechend den Feststellungen unter Ziffer II.1. war die angefochtene Entscheidung daher wie geschehen abzuändern.	61
3. Die im Wege der Anschlussberufung erhobene zulässige Widerklage der Beklagten ist nur in der Fassung des Hilfsantrages begründet.	62
Die "Berufungserwiderung, Widerklage und Streitverkündung" der Beklagten vom 13.09.2006 war gemäß § 133 BGB auch ohne ausdrückliche Bezeichnung als in zulässiger Weise eingelegte Anschlussberufung auszulegen, da die Beklagten nur auf diesem Wege die von ihnen mit der Widerklage begehrte weitergehende Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung zu ihren Gunsten erreichen konnten (vgl. Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 524 Rd.6 und Rd.39; Schumann/Kramer, Die Berufung in Zivilsachen, 7. Aufl. 2007, Rd.364, 371).	63
Die zuvor von der Klägerin erhobene Zwischenfeststellungsklage steht der Zulässigkeit der von den Beklagten erhobenen Feststellungsklage in der Fassung der Klageanträge zu Ziffern 1. und 2. nicht gemäß § 261 Abs.3 Ziffer 1. ZPO entgegen, da es insoweit an einer Identität des Streitgegenstandes fehlt (vgl. auch zum nachfolgenden: BGH NJW 1975, 1320f.; Hartmann, aaO., § 261 Rd.19; Thomas/Putzo/Reichold, aaO., § 261 Rd.13 jeweils m.w.N.). Denn der Streitgegenstand der Zwischenfeststellungsklage erstreckt sich allein auf die Feststellung des Nicht-Ausscheidens bzw. Nicht-Eintritts der Komplementär-GmbH durch den Gesellschafterbeschluss vom 20.04.2005, während mit der Widerklage über diesen Punkt hinaus gehende Feststellungen begehrt werden.	64

Das erforderliche Feststellungsinteresse (§ 256 Abs.1 ZPO) der Beklagten ergibt sich aus der fortbestehenden Auseinandersetzung der Parteien als Gesellschafter der KG, aus der die Beklagten nach ihrem unwidersprochenen Vorbringen in der Berufungserwidern und gestützt auf von der Klägerin mitgeteilte Irritationen ihrer Geschäftspartner Schadensersatzansprüche ableiten wollen.

Die Feststellungswiderklage in der Fassung der Hauptanträge zu Ziffern 1. und 2. ist indes in der Sache nicht begründet, da den Beklagten der ihnen obliegende Beweis für den behaupteten Wechsel der Komplementärin der KG nicht gelungen ist. Insoweit wird auf Ausführungen unter Ziffer II.1. Bezug genommen. 66

Daran anschließend ist auch der Widerklageantrag zu 3. nicht begründet. 67

Die Beklagten haben demgegenüber einen Anspruch gegen die Klägerin auf Erklärung der Zustimmung zur Aufnahme der Beklagten zu 2. als persönlich haftende Gesellschafterin in die KG und zu ihrem Ausscheiden aus der KG sowie zur Anmeldung dieser Umstände zum Handelsregister. Die Rechtsgrundlage für diesen Anspruch ergibt sich im Wege einer ergänzenden Auslegung (§§ 133, 157, 242 BGB) aus der Gesamtvereinbarung der Parteien, wonach eine Trennung der Tätigkeits- und Geschäftsbereiche der Klägerin einerseits sowie der KG und der Beklagten andererseits beabsichtigt war und umgesetzt werden sollte. Die derzeit noch fortbestehende Rechtsstellung der Klägerin als Komplementärin der KG war indes von den Parteien nicht beabsichtigt, sondern ist allein auf das Unterlassen einer hinreichend dokumentierten entsprechenden Beschlussfassung durch den Beklagten zu 1. vor dem notariellen Beurkundungstermin vom 21.04.2005 zurückzuführen (vgl. oben unter II.1.). Indem sich die Klägerin ungeachtet dessen und abweichend von ihrem früheren Erklärungsverhalten allein auf ihre formelle Rechtsposition als Komplementärin der KG beruft, handelt sie zugleich rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB; vgl. dazu BGH NJW-RR 2005, 743, 745 unter II.2., Palandt/Heinrichs, aaO., § 242 Rd.49, 50f. und 55ff.; Staudinger/Looschelders, BGB, Neubearbeitung 2005, § 242 Rd.292ff. jeweils m.w.N.) 68

Mit ihrem eingangs unter Ziffer I. der Gründe im einzelnen dargestellten Vortrag zu dem Hintergrund und der Bedeutung aller im Rahmen des Termins vom 21.04.2005 zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen haben die Beklagten substantiiert dargelegt, dass mit der Veräußerung der Geschäftsanteile des Beklagten zu 1. an der Klägerin eine Trennung dieses Unternehmens von denen der Beklagten erfolgen sollte. Dieser – unwidersprochene – Vortrag der Beklagten wurde durch die Ausführungen des Beklagten zu 1. sowie die Aussage des Zeugen Dr. T in der mündlichen Verhandlung vom 29.01.2008 bestätigt und vertieft. Danach ist die Trennung der Unternehmen unter anderem dadurch zum Ausdruck gekommen, dass noch nach dem notariellen Kauf- und Abtretungsvertrag vom 21.04.2005 die V German Consult GmbH, vertreten durch ihre damaligen und heutigen Geschäftsführer der Klägerin, mit der KG einen Mietvertrag betreffend den Fuhrpark abgeschlossen hat. Darüber, dass der V German Consult GmbH nach der Veräußerung der Geschäftsanteile noch irgendein Einfluss innerhalb der KG zukommen sollte, ist bei den Gesprächen der Beteiligten nie die Rede gewesen. Vielmehr erfolgte die Übertragung der Anteile an der Klägerin vor dem Hintergrund, dass der Beklagte zu 1. diese nicht mehr als Komplementärin der KG benötigte, während dem damaligen Geschäftsführer der Erwerberin der Klägerin an der Trennung der Geschäftsbetriebe der Klägerin einerseits und der Beklagte zu 2. andererseits ausdrücklich gelegen war. 69

Dass dieses Konzept der Klägerin bewusst gewesen und diese dementsprechend zunächst nicht davon ausgegangen ist, Komplementärin der KG geblieben zu sein, wird auch durch das Anschreiben ihres erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 29.08.2005 offenbar, 70

ausweislich dessen diese "zwischenzeitlich feststellen musste", dass sie durch den Erwerb der Geschäftsanteile als Komplementärin in die KG eingetreten sei, was weitreichende Konsequenzen zur Folge habe. Dem entspricht der Umstand, dass auch der notarielle Übertragungsvertrag vom 21.04.2005 weder eine Komplementärstellung der GmbH noch die KG erwähnt.

Die mit dem notariellen Kauf- und Abtretungsvertrag vom 21.04.2005 sowie den zusätzlichen Miet- und Pachtverträgen der Parteien beabsichtigte Trennung der Unternehmensbereiche ist infolge der unterlassenen streitgegenständlichen Beschlussfassung nach alledem nicht gelungen, so dass eine den Anwendungsbereich der ergänzenden Vertragsauslegung eröffnende planwidrige Lücke des Vereinbarten vorliegt (vgl. auch zum nachfolgenden: BGH NJW 2004, 1873; BGH NJW-RR 2004, 554; BGH NJW 1998, 1219f.; BGH NJW 1994, 3287 = BGHZ 127, 138ff.; BGH NJW 1984, 1177, 1178 = BGHZ 90, 69ff.; BGH NJW 1980, 2347 = BGHZ 77, 301ff.). Diese Regelungslücke ist in Anbetracht des hier dargestellten wirtschaftlichen Hintergrundes, dem Sinn und Zweck der Gesamtvereinbarung vom 21.04.2005 sowie danach, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie die von ihnen nicht geregelte Frage bedacht hätten, dahingehend zu schließen, dass die Klägerin für die Zukunft zur Abgabe der aus dem Urteilstenor ersichtlichen Willenserklärungen verpflichtet wird (vgl. auch BGH NJW 2004, 1590, 1591f.; BGH NJW-RR 1989, 1490, 1491; MüKo/Busche, BGB, 5. Aufl. 2006, § 133 Rd.29ff. und § 157 Rd.38ff.; Palandt/Heinrichs, aaO., § 157 Rd.2ff.; Wendtland in Bamberger/Roth, BGB, 2007, § 157 Rd.35ff. jeweils m.w.N.).

Gründe, die eine hiervon abweichende Interessenabwägung rechtfertigen könnten, liegen nicht vor.

Die Klägerin war als Komplementärin weder mit einer Pflichteinlage an der KG beteiligt (vgl. § 3 Ziffer 1. des Gesellschaftsvertrages) noch stand ihr über die Geschäftsführung hinaus ein erkennbarer unternehmerischer Einfluss zu, da sie infolge der Bindung der Stimmrechte an die übernommene Einlage (§ 11 Ziffer 5. des Gesellschaftsvertrages) von einer Mitwirkung in der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen war (vgl. zur Zulässigkeit in einer personengleichen GmbH & Co. KG: BGH NJW 1993, 2100, 2101; Baumbach/Hopt, aaO., Anh. § 177a Rd.25; MüKo/Grunewald, HGB, 2. Aufl. 2007, § 161 Rd.90 und 92). Die Klägerin hatte ferner bereits im Zuge vorgerichtlicher Gespräche der Parteien ihre Mitwirkung an einer Umschreibung des Handelsregisters entsprechend dem Beklagtenbegehren zugesagt und später widerrufen, ohne ihre Motive zu erläutern. Entsprechende Nachfragen des Senates hierzu in beiden Sitzungen des Senates blieben unbeantwortet.

Zugleich ist die Klägerin als derzeitige Gesellschafterin der KG in entsprechender Anwendung der §§ 107, 108 Abs.1, 161 Abs.2 HGB zur Mitwirkung an der Eintragung ihres Ausscheidens verpflichtet ist (vgl. Baumbach/Hopt, aaO., § 108 Rd.6).

Die Kostenentscheidung beruht unter Berücksichtigung des jeweiligen Unterliegens und der unterschiedlichen Streitwertbeteiligungen auf den §§ 97 Abs.1, 92 Abs.1 ZPO.

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

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs.2 ZPO) liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des

Revisionsgerichts. Gegenstand des Rechtsstreites waren überwiegend Tatsachen- und Auslegungsfragen des konkreten Einzelfalls. Rechtsfragen grundsätzlicher Natur haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 43.000,00 € festgesetzt, und zwar 78 auf 28.000,00 € entsprechend dem Beschluss des Senates vom 28.11.2006 sowie auf 15.000,00 € für den Hilfsantrag gemäß dem Schriftsatz der Beklagten vom 31.07.2007.