
Datum: 21.04.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 148/07
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0421.18U148.07.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 89 O 56/06

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 31.7.2007 verkündete Urteil der 9. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 89 O 56/06 - teilweise abgeändert und der Beklagte verurteilt, an die Firma N E + Beratung GmbH i.L zu Händen deren Nachtragsliquidators, Herrn S C, G Straße 241, L, 590,03 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6.7.2001 zu zahlen. Die weitergehende Klage und Berufung werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweils andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Gegenstandswert für das Berufungsverfahren wird auf 133.724,17 € festgesetzt.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

I.

Die Parteien sind Gesellschafter der inzwischen wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöschten Fa. N E + Beratung GmbH (N GmbH). Am Stammkapital von 50.100 DM sind die Klägerin mit zwei Drittel und der Beklagte mit einem Drittel beteiligt. Der Beklagte war alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und hatte Kontovollmacht. Mit Schreiben vom 9.6.2006 teilte er der Klägerin und dem Amtsgericht Köln mit, dass er sein Amt als Geschäftsführer niederlege. Der Gesellschaftsvertrag (GA 325) enthält in § 17 folgende Wettbewerbsklausel:

"Die Gesellschafter ... sind vom Wettbewerbsverbot befreit. Sofern zukünftige Kontakte und Geschäfte zu Konkurrenzsituationen in der Geschäftstätigkeit führen, kann die Gesellschaft innerhalb von 14 Tagen nach Bekanntwerden verlangen, dass der Gesellschafter ihr das Vorrecht überlässt und seine Aktivitäten einstellt. Dies gilt nicht, wenn der Gesellschafter den Erstkontakt und die Anbahnung in Eigenregie nachweisen kann oder wenn sich bereits ein verbindlicher Auftrag in der Durchführungsphase befindet."

Die Klägerin macht gegenüber dem Beklagten als ehemaligem Geschäftsführer Schadensersatz wegen in den Jahren 1997 bis 2001 zu seinen Gunsten vorgenommener Überweisungen und Barabhebungen geltend. Die Klageforderung setzt sich wie folgt zusammen:

1997	4 Zahlungen auf Rechnung vom 3.10.1997 (Software)	8.000,00 DM
1998	8 Überweisungen	19.500,00 DM
	(nicht vorhandener) Kassenbestand 31.12.	23.718,59 DM
1999	79 Verfügungen	94.130,00 DM
2000	57 Verfügungen	68.184,00 DM
2001	27 Verfügungen	38.230,00 DM
Klageforderung		251.762,59 DM (128.724,17 €)

Wegen der Einzelheiten wird auf die Aufstellung Anlage 2 zur Klagebegründung (GA 21) sowie die betreffenden Kontoauszüge (Anlagenkonvolut 3 zur Klagebegründung, GA 24 - 61) verwiesen.

Ferner verlangt die Klägerin Auskunft über Geschäfte und die Tätigkeit des Beklagten für eine Firma D Porz GbR. Die Firma D Porz GbR hatte bei der N GmbH Hardware bezogen. Später war der Beklagte mit seinem eigenen Unternehmen für die Firma D Porz GbR tätig. Die Klägerin sieht hierin einen Verstoß gegen das vertragliche vereinbarte Wettbewerbsverbot und die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht.

Sie stützt ihre Aktivlegitimation und Prozessführungsbefugnis auf mehrere Schreiben und Beschlüsse der N GmbH.

Der Beklagte hat neben weiteren Einwendungen die Einrede der Verjährung erhoben und die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten.

Die Klägerin hat - ebenso wie der Zeuge B G - die Forderung auf Zahlung von 128.724,17 €
nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6.7.2001
zunächst im Mahnverfahren geltend gemacht. Der Antrag auf Erlass des Mahnbescheids ist
am 19.10.2005 beim Amtsgericht Euskirchen eingegangen. Der Mahnbescheid wurde am
6.12.2005 erlassen und dem Beklagten am 8.12.2005 zugestellt. Am 12.12.2005 ging sein
Widerspruch beim Amtsgericht ein. Nach Zahlung des restlichen Vorschusses am 16.6.2006
wurde die Sache an das Landgericht abgegeben. 11

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vorbringens sowie der in 1. Instanz
gestellten Anträge wird auf das angefochtene Urteil des Landgerichts Bezug genommen,
durch welches dieses die Klage mangels Aktivlegitimation abgewiesen hat. 12

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Berufung gegen die Ansicht des Landgerichts, sie sei nicht
aktivlegitimiert. 13

Das Landgericht habe bei seiner Auslegung der Erklärungen und Beschlüsse der N GmbH
nicht hinreichend berücksichtigt, dass sie von juristischen Laien verfasst worden seien und
daher die Anforderungen an die Genauigkeit der Erklärungen überspannt. Aus den
zahlreichen Beschlüssen und Schreiben ergebe sich hinreichend sicher der Wille der N
GmbH, sämtliche Ansprüche an die Klägerin bzw. den Zeugen G abzutreten bzw. zur
Einziehung an sich selbst zu überlassen. Sie behauptet, der Zeuge G habe die
Bevollmächtigung vom 5.12.2002 an sie - die Klägerin - "weitergereicht", indem er ihr mit
Schreiben vom 17.12.2002 (GA 256) seinerseits Vollmacht zur Geltendmachung der
Forderung erteilt habe. Entgegen der Vermutung des Landgerichts handle es sich bei dem in
der Ermächtigung vom 5.12.2002 genannten Konto nicht um ein Verrechnungskonto, sondern
ein echtes Bankkonto. Seinerzeit hätten auch schon die Ansprüche gegen den Beklagten im
Raum gestanden, so dass sich die Ermächtigung auch hierauf beziehe. 14

Nachdem inzwischen ein Nachtragsliquidator bestellt worden ist, leitet die Klägerin ihre
Befugnis auch aus einem zwischenzeitlich gefassten Beschluss einer vom
Nachtragsliquidator einberufenen Gesellschafterversammlung vom 29.8.2007 her. Die
neuerliche Einzugsermächtigung habe auch der Nachtragsliquidator erklärt. 15

Die Klägerin hat zunächst beantragt, unter Abänderung des am 31.7.2007 verkündeten
Urteils des Landgerichts Köln - 89 O 56/06 - den Beklagten zu verurteilen, an sie 128.724,17
€ nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 6.7.2001 zu
zahlen und ihr Auskunft über den Umfang der mit der Fa. D Porz GbR vorgenommenen
Geschäfte während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Fa. N E + Beratung GmbH zu
erteilen. 16

Sie beantragt nunmehr, 17

unter Abänderung des am 31.7.2007 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln - 89 O 56/06
- den Beklagten zu verurteilen,

- an die Fa. N E + Beratung GmbH i.L. 128.724,17 € zuzüglich Zinsen von 8 Prozentpunkten
über dem Basiszinssatz seit dem 6.7.2001 zu zahlen 19

- der Fa. N E + Beratung i.L. Auskunft über den Umfang der mit der Fa. D Porz GbR vorgenommenen Geschäfte während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Fa. N E + Beratung GmbH zu erteilen.

Der Beklagte beantragt, 21

die Berufung zurückzuweisen. 22

Er hält die Berufung schon für unzulässig, weil die Klägerin nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen sei. In der Berufungsschrift sei als Geschäftsführerin der Klägerin Frau C T genannt, obwohl zu diesem Zeitpunkt bereits Herr Q G Geschäftsführer gewesen sei. Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs fehle es zudem an einer ordnungsgemäßen Berufungsbegründung. Ferner rügt er die Zulässigkeit der Antragsänderung. Die Klägerin habe hierzu bereits in 1. Instanz Veranlassung gehabt. 23

Die Berufung sei auch unbegründet, das Landgericht habe die Aktivlegitimation der Klägerin zu Recht verneint. Hierzu nimmt der Beklagte Bezug auf das angefochtene Urteil und sein erstinstanzliches Vorbringen. Die Aktivlegitimation ergebe sich auch nicht aus dem Beschluss vom 29.8.2007. Die am 29.8.2007 gefassten Beschlüsse seien nichtig, er habe sie zudem innerhalb der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Frist vor dem Landgericht Köln im Verfahren 90 O 118/07 angefochten, das Landgericht habe der Anfechtungsklage inzwischen durch Versäumnisurteil stattgegeben. Das Zustandekommen der Beschlüsse sei im Protokoll nicht ordnungsgemäß festgestellt und verkündet worden. Zudem sei die Klägerin gem. § 47 Abs. 4 S. 2 GmbH an der Stimmabgabe gehindert gewesen. Schließlich folge die Unwirksamkeit der Beschlüsse auch aus dem Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 Abs. 1 GmbHG), weil die GmbH hiermit ihr gesamtes Vermögen auf die Mehrheitsgesellschafterin übertragen habe. 24

Der Beklagte bestreitet mit Nichtwissen, alle Barabhebungen selbst vorgenommen zu haben. Auch der hinter der Klägerin stehende Zeuge G habe über Kontovollmacht und eine EC-Karte verfügt und Abhebungen tätigen können. Selbst wenn er die Beträge vereinnahmt habe, wäre dies gerechtfertigt. Er habe von der N GmbH kein Geschäftsführergehalt bezogen. Die Gesellschafter hätten sich vielmehr darauf verständigt, dass sie - soweit sie für die N GmbH tätig würden - ihr diese Tätigkeit in Rechnung stellten. Beide Gesellschafter hätten neben der N GmbH eigene Unternehmen betrieben, deren Geschäftsgegenstand sich mit dem der N GmbH überschneiden habe. Daraus erkläre sich auch die vergleichsweise offen ausgestaltete Wettbewerbsklausel im Gesellschaftsvertrag. Er habe auch nicht alle Barabhebungen für sich als Vergütung vereinnahmt, sondern Teile der Gelder auch für geschäftliche Zwecke der N GmbH im Rahmen von Bareinkäufen verwendet. Insgesamt ergäben sich hieraus für die Jahre 1998 bis 2001 37.560,43 DM. Die Barabhebung vom 5.7.2001 in Höhe von 20.000 DM habe der Zeuge G - insoweit unstreitig - persönlich genehmigt. Der Betrag sei der Kasse der N GmbH zugeführt worden. 25

Die Rechnung vom 3.10.1997 betreffe ein von ihm für die N GmbH erstelltes Maklerprogramm, welches der Zeuge X bei der N GmbH in Auftrag gegeben habe. Die von ihm in diesem Zusammenhang geleisteten Arbeiten habe er der N GmbH in Rechnung gestellt. 26

Der Beklagte behauptet ferner, nachdem die Firma D Porz von der N GmbH Hardware in einer Größenordnung von 100.000 DM erworben habe, habe sie sich auch wegen der Erstellung von Software an die N GmbH gewandt. Da der Zeuge G seinerzeit aus zeitlichen Gründen die erforderlichen Arbeiten nicht habe übernehmen können, habe er den Zeugen Ra 27

von der Firma D Porz an ihn - den Beklagten - verwiesen. In Absprache mit dem Zeugen G habe er den Auftrag sodann auf eigene Rechnung übernommen.

Die Klägerin meint, aus der vom Beklagten vorgelegten Übersicht über die Kassenbestände ergäbe sich ein Kassenbestand von mindestens 80.906,70 €, der bei Übergabe der Geschäftsführung nicht vorhanden gewesen sei. Auch widerspreche die Höhe des Kassenbestands den Grundsätzen ordnungsgemäßer Geschäftsführung. Die vom Zeugen G genehmigte Abhebung sei nicht Teil der Klageforderung. Zudem habe er nur die Abhebung, nicht aber die Verwendung des Betrages für Zwecke des Beklagten genehmigt. Die N GmbH habe keinen Auftrag zur Erstellung von Software für den Zeugen X gehabt. Die Erstellung von Software habe nicht zum Geschäftszweck der N GmbH gehört, daher habe sie der Auftragsübernahme seinerzeit auch widersprochen. 28

Die Klägerin bestreitet, dass der Zeuge G die Fa. D Porz GbR an den Beklagten verwiesen habe. Dieser habe vielmehr den lukrativen Auftrag von der N GmbH auf sich selbst übergeleitet. Damit habe er gegen die ihm obliegende Treuepflicht aus dem Gesellschaftsvertrag verstoßen. 29

Der Senat hat aufgrund des Beweisbeschlusses vom 11.12.2008 (GA 358) Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen B G, Jürgen X und C Ra. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 26.3.2009 (GA 407 ff.) verwiesen. 30

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und die von ihnen vorgelegten Unterlagen Bezug genommen. 31

II. 32

Die zulässige Berufung hat nur in geringem Umfang Erfolg. 33

1. Die Befugnis der Klägerin, die der N GmbH zustehende Forderung einzuklagen und Leistung an die Gesellschaft zu verlangen, ergibt sich aus ihrer Stellung als Gesellschafterin nach den Grundsätzen einer Gesellschafterklage (actio pro socio). 34

Die entsprechende Klageänderung mit Schriftsatz vom 26.8.2008 ist nach § 533 ZPO zulässig, weil sachdienlich. 35

Die Voraussetzungen einer solchen Gesellschafterklage lagen - zumindest nach der schriftlichen Niederlegung der Geschäftsführung durch den Beklagten mit Schreiben vom 9.8.2006 und vor Bestellung eines Nachtragliquidators - vor. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (DB 2005, 331) kann der Gesellschafter einer zweigliedrigen, wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöschten GmbH auch ohne entsprechenden Beschluss nach § 46 Nr. 8 GmbHG Klage auf Schadensersatz gegen den Mitgesellschafter und Geschäftsführer erheben. 36

Dem steht auch nicht entgegen, dass nach Bestellung des Nachtragliquidators auch dieser die Forderung geltend machen könnte und daher die Notwendigkeit einer Gesellschafterklage nicht mehr besteht. Der Senat hält sie dennoch in der vorliegenden Konstellation für zulässig. Der Liquidator hat die Prozessführung durch die Klägerin genehmigt, wie sich aus seinen Erklärungen im Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 29.8.2007 und des vorangegangenen Herausgabeverlangens (GA 221, 222) ergibt. Auch der Beklagte hat sich 37

in diesen Versammlungen lediglich dagegen gewandt, dass die Zahlung an die Klägerin selbst erfolgen soll. Es ist auch sachgerecht, dass die streitigen Ansprüche im vorliegenden Rechtsstreit geklärt werden und die Gesellschaft nicht auf eine neue Klage verwiesen wird.

2. Etwaigen Ansprüche aus § 43 Abs. 2 GmbHG steht die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegen. 38

Ansprüche gegen den Geschäftsführer aus § 43 Abs. 2 GmbHG verjähren gem. § 43 Abs. 4 GmbHG in 5 Jahren. Die Verjährung ist kenntnisunabhängig und beginnt mit Entstehen des Anspruchs, d.h. Pflichtverletzung und Eintritt des Schadens. Die erste Auszahlung stammt vom 20.10.1997, die letzte Auszahlung datiert vom 7.11.2001, so dass die Verjährungsfrist spätestens Ende 2006 endete. 39

2.1. Soweit die Klägerin sich auf ein verjährungsunterbrechendes Anerkenntnis des Beklagten i.S.v. § 208 BGB a.F. in der Gesellschafterversammlung vom 4.7.2001 beruft, führt das nicht zu einem späteren Ablauf der Verjährungsfrist. Vielmehr wäre die mit dem Anerkenntnis beginnende neue Verjährungsfrist hinsichtlich der bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Ansprüche am 3.7.2006 abgelaufen. 40

2.2. Die Verjährung ist durch die Zustellung des Mahnbescheids und das anschließende Klageverfahren nicht rechtzeitig nach § 204 Abs. 1 Nr. 3 und 1 BGB gehemmt worden. Denn die Klage ist - bis zu ihrer Umstellung gem. Schriftsatz vom 26.8.2008 - nicht durch den Berechtigten erhoben worden. 41

Nur die gerichtliche Geltendmachung durch den hierzu Berechtigten führt zur Hemmung der Verjährung (BGH NJW 1999, 2110). Dieses Erfordernis findet sich zwar - anders als in § 209 BGB a.F. - nicht mehr im Wortlaut der Vorschrift. Insoweit sollte aber durch die Schuldrechtsreform keine inhaltliche Änderung erfolgen (BT-Drucks 14/6040 S. 113, wonach insoweit eine Neuregelung nicht beabsichtigt war; s. im einzelnen Rabe, NJW 2006, 3089; ebenso Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 204 Rn 9). 42

Wer Berechtigter im Sinne des § 204 BGB ist, richtet sich nach dem materiellen Recht. Danach ist Berechtigter, wem die materielle Befugnis zur Verfügung über den Gegenstand zusteht (BGHZ 78, 1 = NJW 1980, 2461, 3462). Das ist nicht notwendig der Forderungsinhaber, sondern derjenige, der zur Einziehung der Forderung berechtigt ist (BGH NJW 1999, 2110). 43

Die Klägerin war bis zum Ablauf der Verjährungsfrist Ende 2006 nicht materiell Berechtigte, da sie weder Inhaberin der Forderung war noch berechtigt, hinsichtlich der Forderung der Gesellschaft Leistung an sich zu verlangen. 44

Ansprüche der Klägerin aus eigenem Recht sind nicht ersichtlich. Eventuelle Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten aus § 43 Abs. 2 GmbHG oder §§ 823 Abs. 2 BGB, 266 StGB wegen unberechtigter Entnahmen stehen nicht der Klägerin als Gesellschafterin, sondern der Gesellschaft zu. 45

Die N GmbH hat ihr eventuell zustehende Ansprüche in nicht rechtsverjährter Zeit nicht an die Klägerin abgetreten, auch hat sie die Klägerin vor 2007 nicht zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung ermächtigt. 46

Aus der "Abtretung, Sicherungsübereignung und Bevollmächtigung" vom 2.1.2002 (GA 115) lässt sich der Übergang der Forderung auf die Klägerin nicht herleiten. Auf die Frage, ob die 47

Vereinbarung unterschrieben und wirksam zustande gekommen ist, kommt es nicht an. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass die Vereinbarung eine Abtretung der hier streitgegenständlichen Ansprüche an die Klägerin beinhaltet. Die Vereinbarung beinhaltet eine Sicherungsübereignung des Betriebsvermögens der N GmbH zur Absicherung einer (nicht näher bezeichneten) Forderung der Klägerin gegen die N GmbH in Höhe von 56.000 € nebst Zinsen. Eine eventuelle Abtretung von Schadensersatzansprüchen der GmbH gegen den Beklagten könnte sich lediglich aus Ziff. 4 ergeben, wonach die N GmbH der Klägerin ihr "Betriebsvermögen, insbesondere auch Computer und Software, bis zur Befriedigung aller Ansprüche" zur Sicherung übereignet. Ob zum Betriebsvermögen auch die hier streitgegenständlichen Forderungen gehören sollen, ist indes nicht hinreichend deutlich. Eine Abtretung des gesamten Vermögens steht zudem mit den Kapitalerhaltungsvorschriften (§§ 30, 31 GmbHG) nicht in Einklang, auch ist nicht vorgetragen, dass der Sicherungsfall eingetreten ist. Aus der Vereinbarung lässt sich auch keine Ermächtigung zur klageweisen Einziehung der streitgegenständlichen Forderung herleiten. Ziff. 5 der Vereinbarung betrifft ein anderes Klageverfahren, nämlich eine Klage gegen eine Sage Khk Frankfurt. Ziff. 6 betrifft nur die Kosten eventueller Verfahren, die die Klägerin im Namen oder für die GmbH führt. Die Befugnis der Klägerin, Zahlung an sich selbst zu verlangen, und zwar auch hinsichtlich solcher Forderungen, die nicht von der Abtretung umfasst sind, ist hiervon nicht umfasst. Die vorliegende Klage hat die Klägerin dagegen bis zur Änderung der Klage mit Schriftsatz vom 26.8.2008 im eigenen Namen und für eigene Rechnung geführt.

Rechte der Klägerin lassen sich auch nicht aus der Bevollmächtigung (GA 64) herleiten, die der Beklagte als Geschäftsführer der N GmbH dem Zeugen G unter dem vom 5.12.2002 erteilt hat. Es ist schon fraglich, ob diese Erklärung auch Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten umfasst. Das kann aber dahinstehen, da die GmbH in dieser Urkunde nicht die Klägerin, sondern Herrn B G bevollmächtigt hat. Die Vollmacht steht in Zusammenhang mit der faktischen Entziehung der Geschäftsführerbefugnisse des Beklagten durch die Gesellschafterversammlung vom 4.7.2001 und soll auch nach außen hin ein Tätigwerden des Zeugen G für die GmbH ermöglichen. Der Vollmacht lässt sich aber nicht eine eigene Prozessführungsbefugnis oder Einziehungsermächtigung der Klägerin entnehmen, und zwar auch dann nicht, wenn Herr G seinerzeit Geschäftsführer und/oder Gesellschafter der Klägerin gewesen sein sollte. Soweit die Klägerin in ihrer Stellungnahme zum Hinweisbeschluss des Senats vom 28.2.2008 erstmals vorträgt, der Zeuge G habe die Bevollmächtigung vom 5.12.2002 an die Klägerin "weitergereicht", indem er ihr mit Schreiben vom 17.12.2002 (GA 256) seinerseits Vollmacht zur Geltendmachung der Forderung erteilt habe, ist der Vortrag schon nach § 531 Abs. 2 ZPO in der Berufung nicht mehr zuzulassen. Ein Zulassungsgrund ist nicht ersichtlich. Die Klägerin hätte dieses Schreiben bereits in 1. Instanz vorlegen können und hatte hierzu auch Anlass. Das Schreiben ist auch nicht unstrittig. Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 13.6.2008 ausdrücklich bestritten, dass der Zeuge G die Klägerin am 17.12.2002 bevollmächtigt hat. Schließlich verweist der Beklagte zu Recht darauf, dass die zugrundeliegende Vollmacht der N GmbH nur zu einer Einziehung der Forderung an die Gesellschaft ermächtigt. Das folgt daraus, dass die Forderung dem Gesellschafterkonto gutgeschrieben werden soll. Eine Klage auf Zahlung an Herrn G oder die Klägerin ist von der Vollmacht nicht umfasst. Die Klägerin ist der bereits in 1. Instanz aufgestellten Behauptung, bei dem in der Vollmacht genannten "Konto Balcomp/G" handle es sich nicht um ein Bankkonto, sondern ein Gesellschafterkonto bei der N GmbH (Schriftsatz vom 9.10.2006, GA 82) erstmals in der Berufungsbegründung und damit nach § 531 Abs. 2 ZPO verspätet, entgegengetreten. Sie hat auch nicht näher dargelegt, um welches Konto es sich handelt. Die Bezeichnung "Balcomp/G" legt eher ein Gesellschafterkonto nahe.

48

Die in der Gesellschafterversammlung vom 11.8.2005 gefassten Beschlüsse (GA 65 f) enthalten keine Ermächtigung der Klägerin zur Geltendmachung der Ansprüche im eigenen Namen und insbesondere nicht dazu, Zahlung an sich zu verlangen. Der allein als Ermächtigung in Betracht kommende Beschluss zu Ziff. 2 ermächtigt die Klägerin nur zu Maßnahmen "zum Schutz der Gesellschaft", zur "Aufklärung" eventueller Pflichtverletzungen des Beklagten und "zur Abwicklung des Geschäfts- und Geschäftsbetriebes". Die selbständige Einziehung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft ist hiervon nicht umfasst.

Der Senat folgt dem Landgericht auch darin, dass die Beschlüsse vom 12.9.2006 (GA 101) keine hinreichend klare Abtretung oder Einziehungsermächtigung der streitgegenständlichen Forderungen beinhalten. Der - als Ermächtigung oder Abtretung allein in Betracht kommende - Beschluss zu Ziff. 6 bezieht sich auf über die streitgegenständlichen Ansprüche hinausgehende Schadensersatzansprüche wegen "Vernichtung" der Gesellschaft. Dass in diesem Beschluss die vorliegende Klage ebenfalls erwähnt ist, genügt als eigenständige Ermächtigung oder Abtretung nicht. 50

Zudem wäre ein Beschluss, durch den die Ansprüche der im übrigen vermögenslosen GmbH auf die Klägerin übertragen werden, wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der Kapitalerhaltung nichtig (vgl. zu diesem Nichtigkeitsgrund Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., § 45 Rn 74). 51

Die Prozessführungsbefugnis oder gar Aktivlegitimation der Klägerin lässt sich schließlich auch nicht aus einer Gesamtschau der genannten Erklärungen herleiten. Diese Erklärungen dokumentieren aus den oben genannten Gründen auch in ihrer Gesamtheit nicht hinreichend deutlich den Willen der Beteiligten, die Klägerin zur Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen einschließlich der Einziehung auf eigene Rechnung zu ermächtigen. Da die Ansprüche der Gesellschaft (und damit wirtschaftlich zu einem Drittel auch dem Beklagten) zustehen, hätte es einer eindeutigen Erklärung bedurft, wonach die Klägerin als Gesellschafterin die Forderung nicht nur geltend machen kann, sondern auch Zahlung an sich verlangen kann mit der Folge, dass eventuelle Zahlungen des Beklagten nicht in das Vermögen der Gesellschaft fallen. 52

Die Berechtigung der Klägerin ergibt sich auch nicht aus ihrer Befugnis, als Gesellschafterin die Forderung im Rahmen einer actio pro socio für die Gesellschaft geltend zu machen. Als Gesellschafterin im Rahmen der actio pro socio war sie lediglich zur Einziehung der Forderung in der Weise berechtigt, dass sie Zahlung an die Gesellschaft verlangen konnte. Indem sie Zahlung an sich verlangt hat, hat sie ihre materielle Berechtigung zur Geltendmachung der Forderung überschritten und ist deshalb nicht als Berechtigte anzusehen. Die Klägerin beruft sich ohne Erfolg darauf, dass auch eine unzulässige Klage die Verjährung hemmt. Die Rechtsprechung bejaht die Hemmungswirkung der Klage des materiell zur Einziehung Berechtigten zwar auch dann, wenn die Klage - etwa wegen Fehlens des für die gewillkürte Prozessstandschaft erforderlichen Eigeninteresses - **prozessual** unzulässig ist (BGH NJW 1980, 2461). Im vorliegenden Fall fehlt es aber an der **materiellen** Berechtigung der Klägerin, Leistung an sich selbst zu verlangen. Das ist keine Frage der prozessualen Zulässigkeit der Klage, sondern der materiellen Einziehungsbefugnis. 53

Eine eventuelle nachträgliche Genehmigung durch den Berechtigten, hier den Nachtragsliquidator, hat keine Rückwirkung (BGH NJW 2004, 1043, 1044; Staudinger/Peters, BGB, Neubearbeitung 2004, § 204 Rn 11; Palandt/Heinrichs, § 202 Rn 11; Bamberger/Roth/Henrich, BGB, 2. Aufl., § 204 Rn 10 jeweils unter Bezugnahme auf BGHZ 46, 221, 229f und NJW-RR 1989, 1269, wobei diese Entscheidungen nicht die Genehmigung des Berechtigten 54

betreffen). Ein Fall der Vertretung ohne Vertretungsmacht - soweit hierfür etwas anderes gelten sollte (vgl. Palandt/*Heinrichs*, aaO) - liegt mangels Handeln im fremden Namen nicht vor. Aus den gleichen Gründen kommt auch der Klageänderung mit Schriftsatz vom 26.8.2008, mit der die Klägerin nunmehr Leistung an die materiell berechnigte Gesellschaft verlangt, keine Rückwirkung zu.

3. Der N GmbH stehen nicht verjährte deliktische Ansprüche nur in geringem Umfang zu. 55

3.1. Aus § 852 BGB a.F. ergibt sich für deliktische Ansprüche keine längere Verjährung als aus § 43 Abs. 5 GmbHG. Zwar beginnt die dreijährige Verjährung nach § 852 BGB a.F. erst mit Kenntnis vom Anspruch, diese Kenntnis bestand aber spätestens ab 4.7.2001. 56

Ansprüche aus Delikt (§§ 826, 823 Abs. 2 i.V.m. § 266 BGB) sind aber nach § 852 Abs. 3 BGB a.F. bzw. § 852 BGB n.F. insoweit nicht verjährte, als der Beklagte die entsprechenden Gelder selbst erhalten hat. 57

Nach § 852 BGB ist auch nach Eintritt der Regelverjährung derjenige, der durch unerlaubte Handlung etwas auf Kosten des Verletzten erlangt hat, zur Herausgabe der Bereicherung verpflichtet. Nach § 852 BGB Abs. 3 a.F. unterlagen diese Ansprüche der allgemeinen Verjährung, also einer Verjährungsfrist von 30 Jahren. Diese Frist ging mit dem 1.1.2002 in die nunmehr geltende 10-Jahres-Frist, beginnend ab 1.1.2002 über, Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB. Damit ist die Verjährungsfrist nach § 852 BGB hinsichtlich sämtlicher geltend gemachter Entnahmen noch nicht abgelaufen. 58

Die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen dieses Anspruchs liegen nach allgemeinen Grundsätzen beim Kläger. Die Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast für die Gesellschaft bei Ansprüchen aus § 43 Abs. 2 GmbHG gilt nicht für die Haftung eines Geschäftsführers auf deliktischer Grundlage, vielmehr liegt hierfür die volle Darlegungs- und Beweislast bei der Gesellschaft bzw. der Klägerin (BGH NJW 2002, 3777, 3778). Das gleiche gilt für die besonderen Voraussetzungen des § 852 BGB, also dafür, dass der Beklagte eventuelle zweckwidrige Entnahmen für sich selbst verwandt hat. Die von der Klägerin zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26.11.2007 (DB 2008, 50) bezieht sich nicht auf einen deliktischen Anspruch, sondern auf die Beweislastverteilung nach § 43 Abs. 2 GmbHG. Das Zitat im Schriftsatz der Klägerin vom 6.4.2009 aus der Entscheidung BGHZ 71, 86, 98f. hat nicht die Beweislast zum Gegenstand. 59

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Beklagte seiner sekundären Darlegungslast nicht nachgekommen wäre. Angesichts des zwischenzeitlichen Zeitablaufs reicht sein Vortrag zu den streitgegenständlichen Verfügungen aus. 60

3.2. Danach hat die Klage nur in Höhe von 1.154 DM (590,03 €) Erfolg. Der Beklagte hat im Termin vom 26.3.2009 eingeräumt, die auf Westerland getätigte Barabhebung vom 29.5.2000 über 404 DM für private Zwecke verbraucht zu haben. Das gleiche für den Einsatz der Visa-Karte vom 2.6.2000 über 750 DM. 61

Weitere deliktische Ansprüche hat die Beweisaufnahme dagegen nicht bestätigt. 62

Hinsichtlich der Zahlungen auf die Rechnung des Beklagten gegenüber der N GmbH über 50.876 DM für die Erstellung einer Software (Anl. 1 zur Klagebegründung, GA 20) hat die Beweisaufnahme eine Untreue zu Lasten der N GmbH nicht ergeben. Der Beklagte hat vorgetragen, dass die Gesellschafter für ihre Tätigkeit keine festen Gehälter von der N GmbH bezogen haben, sie aber seinerzeit vereinbart hatten, dass sie ihre Leistungen für die N 63

GmbH dieser in Rechnung stellen sollten. Der Zeuge G, der damalige Vertreter der Klägerin, hat dies in seiner Vernehmung bestätigt und auch der Zeuge X hatte von dieser Verfahrensweise gehört.

Die Beweisaufnahme hat auch keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Rechnung vom 3.10.1997 nicht berechtigt war. Der Zeuge X hat vielmehr den Vortrag des Beklagten bestätigt, wonach er die N GmbH beauftragt habe, für ihn ein Softwareprogramm zu entwickeln und der Beklagte hierfür ganz erhebliche Vorbereitungsarbeiten erbracht habe. Auch den abgerechneten Aufwand von 39,5 Tagen hielt er für realistisch. Der Zeuge hat ferner ausgesagt, dass die anfängliche Projektplanung auch im Beisein des Zeugen G erfolgt sei. Dieser habe nach Abschluss der Vorbereitungsphase, die etwa ein Jahr in Anspruch genommen habe, die eigentliche Programmierung vornehmen und die entsprechenden Datenbanken verbinden sollen. Hierzu sei es aber nicht mehr gekommen, das Projekt sei dann im Sande verlaufen. Der Senat folgt dieser in sich schlüssigen und nachvollziehbaren Aussage des Zeugen X. Die Aussage des Zeugen G steht dem nicht entgegen. Der Zeuge hat die erste Kontaktaufnahme und Planung bestätigt. Auf Grundlage der ersten Planung habe sich eine Software nicht entwickeln lassen, er habe dies auch nicht für sinnvoll gehalten. Da der Zeuge gleichzeitig angegeben hat, an den Besprechungen selbst nur wenig beteiligt gewesen zu sein, lässt sich seiner Aussage nicht entnehmen, dass es den vom Beklagten und vom Zeugen X bekundeten Vorbereitungsaufwand nicht gegeben hat. Der Aussage des Zeugen G lässt sich ferner nicht entnehmen, dass die Firma N GmbH den Auftrag bereits in einem frühen Stadium abgelehnt hat. Auf dieser Grundlage ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Rechnung Leistungen des Beklagten für die Firma N GmbH nicht zugrunde liegen. 64

Auch hinsichtlich der weiteren Überweisungen in Höhe von insgesamt 19.500 DM hat die Beweisaufnahme keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Untreue seitens des Beklagten ergeben. Der Beklagte hat im Termin erläutert, dass in gleicher Weise auch andere Tätigkeiten der Gesellschafter der N GmbH in Rechnung gestellt wurden. Die streitgegenständlichen Überweisungen aus 1998 betreffen daher entweder ebenfalls die Rechnung vom 3.10.1997 oder andere Rechnungen des Beklagten. Zureichende Anhaltspunkte dafür, dass die Überweisungen zu Unrecht erfolgt sind, liegen nicht vor. 65

Hinsichtlich der Barabhebungen lassen sich - mit Ausnahme der vom Beklagten eingeräumten privaten Verwendungen - Feststellungen dazu, wer die Abhebungen vorgenommen hat und insbesondere, wie die Gelder verwendet wurden, nicht mehr treffen. Aus dem vom Beklagten vorgelegten Formular der Dresdner Bank vom 8.12.1993 (GA 336) ergibt sich, dass auch der Zeuge G über das Konto Verfügungsberechtigt war. Zwei Abhebungen durch den Zeugen G sind unstreitig und auch nicht Gegenstand der Klageforderung. Selbst wenn nur der Beklagte über eine EC-Karte verfügte, ist dies allenfalls Indiz dafür, dass er die Abhebungen am Geldautomat vorgenommen hat. Über die Verwendung des Geldes lassen sich hieraus keine ausreichenden Rückschlüsse ziehen. Allein aus dem Umstand, dass die Beträge nicht in der Kasse vorhanden sind, lässt sich ebenfalls nicht schließen, dass der Beklagte sie für eigene Zwecke verwendet hat. Das geht im Rahmen von § 852 BGB zu Lasten der Klägerin. Das gleiche gilt für den Einsatz der Kreditkarte. Soweit der Beklagte die private Verwendung nicht zugestanden hat, lässt sich nicht feststellen, dass er die Gelder für private Zwecke verwendet hat, was aber Voraussetzungen für die Anwendung der Verjährungsregelung des § 852 BGB ist. 66

Auch hinsichtlich der Barabhebung vom 5.7.2001 über 20.000 DM haben sich keine Anhaltspunkte für eine deliktische Untreue ergeben, zudem steht auch insoweit nicht fest, 67

dass der Beklagte den Betrag für eigene Zwecke verwandt hat.

Es ist nunmehr unstreitig, dass der Zeuge G die Abhebung für die Klägerin genehmigt hat, den entsprechenden vom Beklagten und vom Zeugen G unterschriebenen Vermerk (DM 20.000 von Bank in Kasse) hat die Klägerin nicht bestritten (GA 352). 68

Hinsichtlich des Kassenfehlbetrags lassen sich deliktische Ansprüche ebenfalls nicht feststellen bzw. sind jedenfalls verjährt. Die vom Beklagten vorgelegte Aufstellung (Anlage 4 zum Schriftsatz vom 22.9.2008, GA 338), die sich die Klägerin teilweise zu Eigen gemacht hat, ist zum Nachweis einer deliktischen Veruntreuung nicht geeignet. Aus ihr ergibt sich zunächst nur, dass die als Schaden geltend gemachten Barabhebungen zunächst als Einzahlung in die Kasse gebucht wurden. Über den weiteren Verbleib der Beträge sind keine Feststellungen mehr möglich, was im Rahmen der Geltendmachung deliktischer Ansprüche und der besonderen Verjährungsregelung des § 852 BGB zu Lasten der hierfür darlegungs- und beweispflichtigen Klägerin geht. 69

4. Die Berufung ist auch hinsichtlich des Auskunftsantrages unbegründet. Die Voraussetzungen eines Auskunftsanspruchs sind nicht hinreichend dargelegt. 70

Der Anspruch ergibt sich nicht aus der Stellung des Beklagten als ehemaligem Geschäftsführer. Die Klägerin begehrt nicht Auskunft über die Geschäftsführung des Beklagten, sondern darüber, welche Tätigkeiten er neben seiner Geschäftsführung ausgeübt hat. 71

Die Voraussetzungen eines vertraglichen oder allgemeinen Auskunftsanspruchs hat die Klägerin ebenfalls nicht schlüssig vorgetragen. Eventuelle Schadensersatzansprüche der Klägerin oder der N GmbH im Zusammenhang mit der Firma D Porz GbR sind nicht hinreichend dargelegt, insbesondere fehlt jeglicher Vortrag zu den Voraussetzungen eines Verstoßes gegen ein Wettbewerbsverbot. Zwar steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht fest, dass der Zeuge G als Vertreter der Klägerin die Firma D Porz GbR hinsichtlich der Softwareerstellung an den Beklagten verwiesen hat. Ein Verstoß gegen ein vertragliches oder aus der allgemeinen Treupflicht des Gesellschafters abgeleitetes Wettbewerbsverbot liegt dennoch nicht vor. Nach § 17 des Gesellschaftsvertrages war es den Gesellschaftern gerade erlaubt, mit Kunden der N GmbH eigene geschäftliche Kontakte zu unterhalten. Angesichts dieser Regelung stellt die Tätigkeit des Beklagten für die D Porz GmbH auch keinen Verstoß gegen die Treupflicht dar. 72

Unabhängig davon steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme dem Auskunftsanspruch auch die Einrede der Verjährung entgegen. Denn der Zeuge G, der seinerzeit die Klägerin vertreten hat, hat in seiner Vernehmung bekundet, er habe bereits vor 2001 erfahren, dass der Beklagte den Softwareauftrag der Firma D Porz GmbH im eigenen Namen abgewickelt habe. Damit hatte er bereits mehr als 3 Jahre vor Erhebung der Auskunftsklage im April 2007 Kenntnis von dem angeblichen Wettbewerbsverstoß. 73

III. 74

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 75

Der Senat lässt die Revision im Hinblick auf die Frage der Verjährungshemmung durch die Klage des Gesellschafters zu. 76
