



KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:

2 U 6933/87

8 0 397/87

Verkündet am:

1. Januar 1988

Seiffert,

Justizassistentin z. A.

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Karl-Georg Wellmann,
Kurfürstendamm 14/15, 1000 Berlin 15,

Verfügungsbeklagten und Berufungsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Prof. Dr. Wilhelm Nordemann,
Dr. Kai Vinck und Dr. Paul W. Hertin,
Uhlandstraße 173/174, 1000 Berlin 15 -

g e g e n

den Kaufmann Georg Pientka,
Kurfürstendamm 12, 1000 Berlin 15,

Verfückungskläger und Berufungsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Jürgen Adler
und Karl Alich,
Kurfürstendamm 179, 1000 Berlin 15 -

hat der 2. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin auf die mündliche Verhandlung vom 4. Januar 1988 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Kammergericht Krahn und der Richter am Kammergericht Knorn und Görtz für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Verfügungsbeklagten wird das Urteil der Zivilkammer 8 des Landgerichts Berlin vom 27. November 1987 geändert:

Der Antrag des Verfügungsklägers vom 14. Oktober 1987 auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits fallen dem Verfügungskläger zur Last.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die zulässige Berufung ist auch gerechtfertigt.

Der Antrag des Verfügungsklägers vom 14. Oktober 1987 auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Verfügungsbeklagten ist unter Änderung des angefochtenen Urteils zurückzuweisen. Die Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO sind nicht gegeben.

I.

Der Verfügungskläger (Kläger) hat keinen Anspruch darauf, daß der Verfügungsbeklagte (Reklante) es unterläßt, sich weiterhin als Geschäftsführer der "Gesellschaft bürgerlichen Rechts Kurfürstendamm 12/15" zu bezeichnen und als solcher im Geschäftsverkehr für die Gesell-

schaft aufzutreten. Ein solcher Anspruch könnte zwar als quasinegatorischer Anspruch entsprechend § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht kommen wegen drohenden Eingriffs in den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Verbindung mit den Grundsätzen der actio pro socio (vgl. Palandt-Bassenge, Kommentar zum BGB, 47. Aufl., § 1004 Anm. 1 b cc). Der Anspruch könnte sich auch aus einer unselbständigen Unterlassungspflicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ergeben (vgl. Palandt-Heinrichs, aaO, § 241 Anm. 4).

Ein solcher Anspruch steht dem Kläger aber nicht zu, weil der Beklagte in der Gesellschafterversammlung vom 5. November 1985 wirksam zum Geschäftsführer der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) Kurfürstendamm 12/15, bestellt worden ist. Der Beschluß der Gesellschafter hierüber widerspricht nicht dem Gesellschaftsvertrag der GbR. § 9 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 21. Mai 1984 stand der Bestellung nicht entgegen. Die dort zu Geschäftsführern bestellten Gesellschafter Kind und Schröder waren inhaftiert. Damit bestand für die Gesellschafter der GbR die Notwendigkeit zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers. Die in Untersuchungshaft befindlichen Geschäftsführer Kind und Schröder waren nicht in der Lage, eine GbR zu leiten, die ein Gesellschaftskapital von zunächst 30 Mio DM (§ 6 des Gesellschaftsvertrages) verwaltet und für ein Bauvorhaben Bankkredit benötigt. Es kann hier dahinstehen, ob der durch den Gesellschaftsvertrag hilfsweise bestellte Gesellschafter Rechtsanwalt Krause verpflichtet war, die Geschäftsführung der GbR zu übernehmen. Er hat jedenfalls in der Gesellschafterversammlung vom 5. November 1985

zu Protokoll erklärt, daß er keine Geschäftsführerrechte beanspruche. Das hat die Gesellschafterversammlung ohne Widerspruch hingenommen. Die Gesellschafter der GbR haben aus dem Verhalten Krauses die nach § 9 des Gesellschaftsvertrages notwendige Folgerung gezogen. Sie haben den Beklagten mit 138 gegen 31 Stimmen zum neuen Geschäftsführer bestellt. Hierzu war die Gesellschafterversammlung berechtigt:

1. Die Gründungsgesellschafter der GbR haben den Gesellschaftsvertrag vom 21. Mai 1984 durch den Beschluß vom 27. März 1985 dahin geändert, daß aus der GbR mit zunächst neun Gründungsgesellschaftern eine Publikumsgesellschaft wurde. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß auch eine GbR als Publikumsgesellschaft in Erscheinung treten kann (vgl. BGH WM 1982, 40, 583; BGH WM 1983, 1407 und Urteil des BGH vom 16.3.1987 - II ZR 179/86). In der Gesellschafterversammlung vom 27. März 1985 nahmen die Gesellschafter die "Liste der Gesellschafter", deren Beteiligungsquoten und Stimmrechte ohne Gegenstimmen an. Damit wurde der Kreis der Gesellschafter auf die in der Liste, die Gegenstand der Gesellschafterversammlung war, genannte Vielzahl erhöht. Das Protokoll der Gesellschafterversammlung nennt 191 Stimmrechte.

In § 6 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages in der Fassung vom 21. Mai 1984 war zwar von Unterbeteiligungsverträgen die Rede, welche die Gesellschafter Kind und Schröder mit weiteren Personen im Gesamtbetrag von höchstens 25 Mio DM schließen konnten. Die neun Gründungsgesellschafter waren jedoch am 27. März 1985 mit der Erwei-

terung der Anzahl der Gesellschafter und damit mit einer Änderung des zwischen ihnen ursprünglich abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages einverstanden. Die Gründungsgesellschafter und die später hinzugetretenen Gesellschafter haben in der Gesellschafterversammlung vom 27. März 1985 und in den späteren Gesellschafterversammlungen gemeinsam über die Belange der Gesellschaft abgestimmt; eine Unterscheidung zwischen Gründungsgesellschaftern und hinzugetretenen Gesellschaftern wurde seitdem nicht gemacht. Den Gründungsgesellschaftern und den anderen Gesellschaftern standen gleiche Rechte zu. Es mag zutreffen, daß hierfür allein steuerliche Gesichtspunkte maßgebend waren. Alle Gesellschafter haben jedoch das Gesellschaftsverhältnis den für sie günstigen steuerlichen Voraussetzungen angepaßt. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Gesellschafter Kind mit Beitrittswilligen zunächst nur Unterbeteiligungsverträge abgeschlossen hat, wie es aus dem vom Kläger vorgelegten Vertrag des Gesellschafters Prof. Dr. Hahn vom 21. September 1984 ersichtlich ist. Der Beklagte hat hierzu vorgetragen, diese Unterbeteiligungsverträge seien später in Beteiligungsverträge entsprechend dem von ihm vorgelegten Muster seines eigenen Beteiligungsvertrages umgewandelt worden; mit einer Reihe von Gesellschaftern seien auch sofort Beteiligungsverträge abgeschlossen worden. Der Beklagte hat hierzu in der Verhandlung vor dem Landgericht glaubhaft an Eides Statt versichert, daß mit allen ca. 72 Gesellschaftern Beteiligungsverträge abgeschlossen worden seien.

Es ist unschädlich, daß in der Gesellschafterversammlung vom 27. März 1985 die Gründungsgesellschafter Metz, Dr. Sikatzis, Rechtsanwalt Krause und Dr. Braun nicht zugegen waren, sondern sich haben vertreten lassen, und zwar der Gesellschafter Metz durch den Gesellschafter Kind, der Gesellschafter Dr. Braun durch die Gesellschafter Kind und Schröder und die Gesellschafter Dr. Sikatzis und Rechtsanwalt Krause durch Prof. Dr. Nordemann. Grundsätzlich ist zwar eine Stimmabgabe durch Vertreter nur möglich, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Stimmvollmacht zuläßt (Hadding in Soergel, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., § 709 Rdn. 28). Der Gesellschaftsvertrag der GbR enthält hierzu keine Vorschrift. Im fehlenden Widerspruch der anderen Gesellschafter bei der Abstimmung durch die Bevollmächtigten liegt jedoch die stillschweigend zum Ausdruck gekommene Übereinstimmung aller Beteiligten, daß die Ausübung des Stimmrechts durch einen Bevollmächtigten zulässig ist (vgl. Hadding in Soergel, aaO, § 709 Rdn. 28). Die an der Beschlußfassung am 27. März 1985 beteiligten Personen haben der Stimmrechtsausübung durch Vertreter nicht widersprochen.

Der in der Gesellschafterversammlung vom 27. März 1985 nicht anwesende Gründungsgesellschafter Rechtsanwalt Krause hatte zwar Bedenken gegen den Beschluß über die Feststellung der Beteiligten und deren Beteiligungsquoten, die er auch schriftlich niedergelegt und durch seinen Bevollmächtigten, Rechtsanwalt Prof. Dr. Nordemann, in der Gesellschafterversammlung hat vortragen lassen (Protokoll Seite 8). Dennoch wurde der Beschluß ohne Gegenstimmen gefaßt. Prof. Dr. Nordemann war - wie er

glaubhaft an Eides Statt versichert hat - nicht in seiner Stimmausübung für Rechtsanwalt Krause gebunden. Eine Stimmrechtsbindung wäre zudem nur zwischen Krause und Prof. Dr. Nordemann von Belang (vgl. Hadding in Soergel, aaO, § 709 Rdn. 37). Rechtsanwalt Krause mag auch später in den Gesellschafterversammlungen vom 11. September 1985 und 19. Februar 1986 die Frage des Stimmrechts der hinzugetretenen Gesellschafter aufgeworfen haben, Konsequenzen sind hieraus jedoch nicht gezogen worden.

Der Gründungsgesellschafter Eberhardt war gleichfalls in der Gesellschafterversammlung vom 27. März 1985 nicht zugegen. Er hatte dem Gesellschafter Kind Vollmacht erteilt, für ihn an der Gesellschafterversammlung teilzunehmen und sein Stimmrecht auszuüben. Das hat der Beklagte durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung des Gesellschafters Eberhardt vom 12. Dezember 1987 glaubhaft gemacht. Kind war laut Protokoll in der Gesellschafterversammlung anwesend. Aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung ist allerdings nicht ersichtlich, daß Kind sich für Eberhardt an der Gesellschafterversammlung und deren Abstimmungen beteiligt hat. Eberhardt hat dem Beschluß vom 27. März 1985 über die Gesellschafterliste und die Beteiligungsquoten aber schriftlich ausdrücklich zugestimmt. Der Gesellschaftsvertrag schreibt nicht vor, daß Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung gefaßt werden müssen. Damit reicht auch die schriftliche Zustimmung eines Gesellschafters aus.

2. Die Gründungsgesellschafter mögen sich in den Grundstückskaufverträgen vom 6. Juni 1985 und 11. Juni

1985 allein als Gesellschafter der GbR bezeichnet haben. Sie werden auch in einer Klage der GbR gegen den Kläger vom 14. April 1986 vom hier Beklagten allein als Gesellschafter bezeichnet. Das ändert aber nichts an dem tatsächlich bereits rechtswirksam geschaffenen erweiterten Gesellschafterbestand.

3. Bei Gesellschafterbeschlüssen, die die Grundlage der Gesellschaft betreffen, wie es die Änderung des Gesellschaftsvertrages durch Hinzutritt weiterer Gesellschafter ist, hat der Vertreter, der zugleich für sich und den Vertretenen abstimmt, das Verbot des § 181 BGB zu beachten (vgl. Hadding in Soergel, aaO, § 709 Rdn. 28 und Ulmer in Münchner Kommentar zum BGB, 2. Aufl., § 705 Rdn. 51). Soweit in den einzelnen schriftlichen Stimmrechtsvollmachten nicht bereits in die Befreiung vom Verbot des § 181 BGB enthalten ist, liegt in der Stimmrechtsvollmacht durch schlüssiges Verhalten die Gestattung des Selbstkontrahierens (BGH NJW 1976, 959; Hadding in Soergel, aaO, § 709 Rdn. 28; Palandt-Heinrichs, aaO, § 181 Anm. 4 c bb).
4. Die neun Gründungsgesellschafter waren mit der Änderung des Gesellschaftsvertrages einverstanden, in gleicher Weise haben sich die neu hinzugetretenen Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung vom 27. März 1985 mit der neuen Regelung einverstanden erklärt.
5. Ob eine Änderung des § 9 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages nach § 10 Abs. 2 a des Gesellschaftsvertrages eines einstimmigen Beschlusses bedurfte, solange

die GbR noch keine Publikumsgesellschaft war und die Gesellschafter Kind, Schröder und Krause zur Geschäftsführung willens und in der Lage waren, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls seit dem Wegfall der drei ursprünglich genannten geschäftsführungsberechtigten Gründungsgesellschafter galt für die Bestellung neuer Geschäftsführer das Mehrheitsprinzip nach § 10 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages. Das ist hier in der Gesellschafterversammlung vom 5. November 1985 bei der Bestellung des Beklagten eingehalten worden. Überdies galten für die GbR ab 27. März 1985 die Besonderheiten der Publikumsgesellschaft. Das Interesse an der Funktionsfähigkeit einer solchen GbR spricht nicht nur gegen den Einstimmigkeitsgrundsatz, sondern nötigt gerade in den Fällen, in denen die Treuepflicht eine allgemeine Zustimmung erfordert, die nicht oder pflichtwidrig abgegebenen Stimmen so zu behandeln, als ob sie entsprechend der bestehenden Verpflichtung abgegeben worden wären (vgl. RGH WM 1985, 196). Hier haben sich für die Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer von 169 abgegebenen Stimmen 138 = 81 % für den Beklagten ausgesprochen. Die GbR brauchte bei der finanziellen Größenordnung ihres Vorhabens dringend der ständigen Präsenz eines Geschäftsführers. Für die nicht zustimmende Gesellschaftermehrheit hätte es die Treuepflicht geboten, zur Erhaltung und Durchführung des Gesellschaftsvorhabens selbst unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange der Bestellung des Beklagten zuzustimmen. Soweit der Kläger in seiner Berufungserwiderung behauptet, es hätten entgegen dem Inhalt des Protokolls der Gesellschafterversammlung vom

5. November 1985 noch weitere Gesellschafter gegen den Beklagten gestimmt, fehlt es an einer Substantiierung.
6. Die Bestellung des Beklagten zum Geschäftsführer verstieß nicht gegen das Verbot der Fremddorganschaft (vgl. hierzu BGH WM 1983, 583). Der Beklagte hatte bereits durch den Beteiligungsvertrag vom 15. Oktober 1984 eine Beteiligung von 100.000,-- DM gezeichnet. Mit dem Gesellschafterbeschuß vom 27. März 1985 war ihm auch die Stellung eines Gesellschafters eingeräumt worden.
7. Soweit dem Beklagten durch rechtswirksamem Gesellschafterbeschuß die Geschäftsführung übertragen war, war er im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschaftern Dritten gegenüber zu vertreten (§ 714 BGB).
8. Der Beklagte hat zwar nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer in der Gesellschafterversammlung vom 5. November 1985 noch Vollmachten der einzelnen Gesellschafter auf sich verlangt. Diese waren aber für seine Vertretungsbefugnis ohne Belang. Sie sollten offensichtlich nur der Legitimation dienen.

Der unter Mitwirkung des Beirats abgeschlossene Vertrag zwischen dem Beklagten und der GbR berührt die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Beklagten nicht. Der Gesellschafter-Geschäftsführer steht zwar zur GbR grundsätzlich nicht in einem Auftrags- oder Dienstverhältnis. Es können aber auch echte Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverhältnisse zur Gesellschaft begründet werden (vgl. Palandt-Thomas, aaO, § 713 Anm. 1). So ist es hier.

10. Dem Beklagten konnte die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nach §§ 712, 715 BGB nur von der Gesellschafterversammlung entzogen werden. Das ist nicht geschehen.

Der Verfügungsanspruch ist nach alledem nicht gegeben. Es braucht daher nicht untersucht zu werden, ob der Kläger im Hinblick auf seinen Mietvorvertrag mit der GbR, vertreten durch den Beklagten als Geschäftsführer, vom 17. Juli 1986 mit seinem Verfügungsverlangen nicht gegen § 242 BGB verstößt. Es kommt auch nicht auf die Frage an, ob der Kläger durch den Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 26. November 1987 rechtswirksam aus der GbR ausgeschlossen worden ist, insbesondere ob es hierfür eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses bedurfte (§ 16 des Gesellschaftsvertrages) oder ob der Ausschluß durch einen Mehrheitsbeschluß rechtswirksam ist, soweit die Gesellschaftermehrheit hierbei ihre Machtstellung nicht mißbraucht.

II.

Der Kläger hat überdies einen Verfügungsgrund im Sinne von § 935 oder § 940 ZPO nicht hinreichend dargelegt.

In seiner Antragsschrift hat der Kläger hierzu nur vorgebracht, es müsse auf zügigen Fortgang des Bauvorhabens gedrungen werden, damit die Gesellschaft nicht in Finanzierungsschwierigkeiten komme und Geld nicht fehlgeleitet

werde. Ohne Angabe irgendwelcher Einzelheiten ist dieser Vortrag völlig nichtssagend und läßt eine Gefährdung von Rechten der Gesellschafter oder wesentliche Nachteile für sie nicht erkennen. Das gleiche gilt für die weitere Behauptung des Klägers, die Gesellschaft müsse einen Mietvertrag mit ihm abschließen, weil dieser wesentliche Grundlage des gesamten "Finanzierungsmodells" sei.

Im Berufungsrechtszug behauptet der Kläger nunmehr, der Beklagte habe eine Baulast nicht eintragen lassen, die Voraussetzung für die Baugenehmigung durch das Bezirksamt Charlottenburg sei, und das Bauaufsichtsamt habe einen vom Beklagten am 26. August 1986 gestellten Bauantrag mangels Bevollmächtigung des Beklagten als nicht wirksam angesehen. Auch hieraus ist eine Gefährdung der Rechte oder Interessen der Gesellschaft nicht zu entnehmen. Das hierzu vorgelegte Schreiben der Rechtsanwälte Dr. Knauthe u. a. vom 14. Juli 1987, die den Architekten Metz vertreten, deutet vielmehr darauf hin, daß es hier nur um die Rechte oder Interessen des Klägers als Partei des Mietvorvertrages vom 17. Juli 1986 geht. Diese können aber zur Begründung einer einstweiligen Verfügung gegen den Beklagten nicht herangezogen werden, weil es sich bei dem Mietvorvertrag um ein sogenanntes Drittverhältnis zwischen dem Kläger einerseits und der Gesellschaft andererseits handelt und Rechte aus diesem Vertrag daher nur gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter, nicht aber gegen den Beklagten als deren Vertreter geltend gemacht werden können.

Die beantragte einstweilige Verfügung ist schließlich nicht geeignet, die behaupteten Beschwerneisse des Klägers bei seinem Vorhaben bezüglich des Hotelausbaus zu beseitigen. Die GbR, die rund zwei Jahre durch den Beklagten vertreten worden ist, ohne daß es - soweit im vorliegenden Verfahren ersichtlich - zu Unzuträglichkeiten für die Gesellschaft kam, stände bei Erlaß der vom Kläger beantragten einstweiligen Verfügung ohne handlungsfähige Geschäftsführung da. Bei dem offensichtlichen Streit zwischen einer Gesellschaftermehrheit und einer Gesellschafterminderheit - wie es aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 26. November 1987 ersichtlich ist, wäre mit der alsbaldigen Postellung eines neuen Geschäftsführers kaum zu rechnen. Die Abstimmung der Gesellschafterversammlung vom 26. November 1987 ergab im übrigen nach dem unwidersprochenen Vortrag des Beklagten in der Verhandlung vor dem Landgericht, daß er von einer Gesellschaftermehrheit von 154 zu 26 Stimmen als Geschäftsführer getragen wird. Es besteht kein Anlaß, im Wege der einstweiligen Verfügung eine Entscheidung gegen diese Gesellschaftermehrheit zu treffen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Krahn

Görtz

Knorn