



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZB 2/15

vom

2. Februar 2016

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 2. Februar 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bergmann und den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterinnen Caliebe und Dr. Reichart sowie den Richter Sunder

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde der Beklagten gegen den Beschluss des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 2. März 2015 wird auf ihre Kosten als unzulässig verworfen.

Wert des Beschwerdeverfahrens: 221.580,36 €

Gründe:

1 I. Die Parteien streiten im Urkundenprozess über Ansprüche des Klägers auf Geschäftsführervergütung.

2 Der Kläger, der mit Wirkung ab 1. Juli 2012 zum Geschäftsführer der Beklagten bestellt war, wurde mit Beschluss des Beirats der Beklagten vom 27. November 2013 mit sofortiger Wirkung abberufen und sein Anstellungsverhältnis wurde fristlos gekündigt.

3 Der Beschluss des Beirats lautet in Nummer 4 wie folgt:

„Herr Dr. U. [Vorsitzender des Beirats] wird beauftragt, Herrn H. [Kläger] die Beschlüsse bekanntzugeben. Herr Dr. U. wird

von den Beiräten bevollmächtigt, sämtliche Rechtsgeschäfte und Erklärungen im Zusammenhang mit der Abberufung von Herrn H. und der Kündigung des Anstellungsverhältnisses von Herrn H. im Namen der Gesellschaft abzugeben.“

4 Mit Beiratsbeschluss vom 29. November 2013 wurde M. T. mit Wirkung vom 1. Dezember 2013 zum neuen Geschäftsführer bestellt.

5 Nach § 8b (2) des Gesellschaftsvertrages der Beklagten entscheidet der dreiköpfige Beirat mit der die Kompetenz der Gesellschafterversammlung verdrängenden Zuständigkeit in sämtlichen Angelegenheiten, die nach der gesetzlichen Vorschrift des § 46 GmbHG zum Aufgabenkreis der Gesellschafter gehören und deren Übertragung auf einen Beirat zulässig ist. Nach § 8b (5) ist der Beirat „kein Aufsichtsrat im Sinne des § 52 GmbHG“.

6 Der Kläger trat der Kündigung seines Anstellungsvertrags entgegen und erhob am 5. Februar 2014 im Urkundenprozess Klage auf Zahlung seiner Geschäftsführervergütung gegen die Beklagte, vertreten durch den Beirat, dieser vertreten durch die Beiratsmitglieder. Die Beklagte, vertreten durch den Beirat bzw. dessen Mitglieder, beauftragte einen Prozessbevollmächtigten und erwiderte auf die Klage. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erkannte die Beklagte die Ansprüche des Klägers auf Zahlung der Geschäftsführervergütung für die Monate Dezember 2013 bis Juli 2014 mit der Maßgabe an, dass ihr die Ausführung ihrer Rechte im Nachverfahren vorbehalten werde. Das Landgericht verurteilte die Beklagte durch Anerkenntnisvorbehaltsurteil vom 1. Oktober 2014 unter Vorbehalt ihrer Rechte im Nachverfahren zur Zahlung von 221.580,36 € zuzüglich Zinsen an den Kläger. Das Nachverfahren hat die Beklagte, vertreten durch ihren Beirat, mit Schriftsatz vom 14. Oktober 2014 eingeleitet.

7 Die Beklagte hat, vertreten durch ihren (neuen) Geschäftsführer T. und einen anderen Prozessbevollmächtigten, (bereits) mit Schriftsatz vom 3. November 2014 gegen das Anerkenntnisvorbehaltsurteil Berufung eingelegt. Sie hat die Ansicht vertreten, die gegen die Beklagte, vertreten durch den Beirat, gerichtete Klage sei gegen eine nach dem Gesetz nicht ordnungsgemäß vertretene Partei erhoben worden. Zuständiges Vertretungsorgan der Beklagten sei gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Geschäftsführung. Der Geschäftsführer genehmige die Prozessführung nicht. Zur Begründung der Unzuständigkeit des Beirats für die Prozessvertretung hat die Beklagte unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung des Geschäftsführers T. zusammengefasst Folgendes vorgetragen:

8 Der Beirat der Beklagten sei aufgrund seiner die Gesellschafterversammlung verdrängenden Kompetenz der Ansicht des Klägers gefolgt, dass die Beklagte durch den Beirat vertreten werde. Der Beirat habe seine Zuständigkeit und die sich daraus ergebende Unzuständigkeit der Geschäftsführung dem Geschäftsführer schon zu Beginn und auch während des Urkundenprozesses mitgeteilt. Den Entwurf der Klageerwidern im Urkundenverfahren habe der Prozessbevollmächtigte dem nunmehrigen Vertreter der Beklagten Rechtsanwalt H. in dessen Eigenschaft als Vertreter der Gesellschafter zugeleitet. Dieser habe in seiner Antwortmail unter anderem darauf hingewiesen, dass die Beklagte im Prozess doch durch ihre Geschäftsführung vertreten werde. Darauf habe der vom Beirat beauftragte Prozessvertreter, Rechtsanwalt R., erwidert, dass der Beirat im Streit mit Herrn H. das zuständige Organ sei. Diese beiden E-Mails sowie vor Einreichung bei Gericht auch die Klageerwidern seien dem Geschäftsführer der Beklagten bekannt gewesen. Der Geschäftsführer sei auch über den weiteren Gang des Urkundenverfahrens informiert gewe-

sen, habe aber aufgrund der ihm mitgeteilten Zuständigkeit des Beirats zu keinem weiteren Schriftsatz im Urkundenprozess Stellung genommen.

9 Das Berufungsgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen, da die Beklagte im Rahmen der Einlegung der Berufung durch den allein durch ihren Geschäftsführer beauftragten Prozessbevollmächtigten nicht ordnungsgemäß vertreten gewesen sei. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beklagten.

10 II. Die Rechtsbeschwerde der Beklagten ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO). Sie ist jedoch nicht zulässig, weil die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt sind. Die Rechtssache wirft weder entscheidungserhebliche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf noch erfordert sie eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Der angefochtene Beschluss verletzt auch nicht den verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch der Beklagten auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip).

11 1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Nach Maßgabe von § 8b (2) Satz 1 des Gesellschaftsvertrages der Beklagten entscheide der Beirat der Beklagten mit der die Kompetenz der Gesellschafterversammlung verdrängenden Zuständigkeit in sämtlichen Angelegenheiten, die nach der gesetzlichen Vorschrift des § 46 GmbHG zum Aufgabenkreis der Gesellschafter gehörten und deren Übertragung auf den Beirat zulässig sei. Hiernach stehe anstelle der in Streitigkeiten über den Bestand des Anstellungsverhältnisses eines Geschäftsführers zur Vertretung der Gesellschaft bzw. zu einer insoweit abweichenden Beschlussfassung berufenen Ge-

sellschafterversammlung dem Beirat der Beklagten gemäß § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG unter anderem auch die Vertretung der Beklagten in dem vorliegenden Passivprozess gegen den Kläger zu. Auf der Grundlage des Beiratsbeschlusses vom 27. November 2013, durch den das Beiratsmitglied Dr. U. unter anderem zu sämtlichen Rechtsgeschäften im Zusammenhang mit der Kündigung des Anstellungsverhältnisses des Klägers bevollmächtigt worden sei, stehe dem Geschäftsführer der Beklagten deren gesetzliche Vertretung im vorliegenden Rechtsstreit nicht zu, so dass er den im Berufungsverfahren tätigen Rechtsanwalt nicht wirksam mit der Prozessführung für die Beklagte habe beauftragen können.

12            2. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zu Recht als unzulässig verworfen, da ihr Prozessbevollmächtigter im Berufungsverfahren nicht wirksam bevollmächtigt war. Prozessvertreter der Beklagten gemäß § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG im vorliegenden Rechtsstreit mit dem früheren Geschäftsführer ist der Beirat der Beklagten mit der Folge, dass nur dieser einen Rechtsanwalt mit der Vertretung der Beklagten im Prozess beauftragen und ihm wirksam Prozessvollmacht erteilen konnte (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 1981 - II ZR 72/81, WM 1981, 1353, 1354; MünchKommGmbHG/Liebscher, 2. Aufl., § 46 Rn. 278 mwN).

13            a) Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass es nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG der Gesellschafterversammlung (hier also dem Beirat, dem diese Kompetenz übertragen war) obliegt, einen Vertreter der Gesellschaft in Prozessen zu bestimmen, die sie gegen einen Geschäftsführer führt. Diese Vorschrift, die sowohl für Aktiv- wie auch für (hier) Passivprozesse gilt (BGH, Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 31/91, BGHZ 116, 353, 355),

soll die unvoreingenommene Prozessführung in Rechtsstreitigkeiten sicherstellen, in denen regelmäßig die Gefahr besteht, dass die nach § 35 GmbHG an sich zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Geschäftsführer befangen sind. Nach der Rechtsprechung des Senats sind davon auch Prozesse gegen ausgeschiedene Geschäftsführer umfasst (BGH, Urteil vom 20. November 1958 - II ZR 17/57, BGHZ 28, 355, 357; Urteil vom 16. Dezember 1991 - II ZR 31/91, BGHZ 116, 353, 355), sodass der hier vorliegende Rechtsstreit, in dem ein Geschäftsführer seine Abberufung und fristlose Kündigung anzweifelt und demgemäß im Urkundenprozess sein Gehalt einklagt, davon fraglos umfasst ist. Gleichwohl kann nach der Rechtsprechung des Senats die Gesellschaft durch einen neuen Geschäftsführer so lange vertreten werden, wie die Gesellschafterversammlung (hier: der Beirat) nicht von ihrer Befugnis Gebrauch macht, einen - anderen - besonderen Vertreter zu bestellen (BGH, Urteil vom 24. Februar 1992 - II ZR 79/91, ZIP 1992, 760, 761; Urteil vom 4. November 2002 - II ZR 224/00, BGHZ 152, 280, 282; Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rn. 12).

14                    b) Das Berufungsgericht ist im Ergebnis rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Beirat im Rechtsstreit mit dem Kläger Prozessvertreter der Beklagten nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG ist, so dass die Beklagte durch den Beirat und nicht durch den (neuen) Geschäftsführer vertreten wird und nur der Beirat eine wirksame Prozessvollmacht erteilen konnte.

15                    Dabei kann dahingestellt bleiben, ob, wie das Berufungsgericht möglicherweise gemeint hat, in der Übertragung der Befugnisse aus § 46 Nr. 5 und Nr. 8 GmbHG auf den Beirat zugleich die (konkludente) Übertragung der Prozessvertretung in den aus dem Widerruf der Bestellung zum Geschäftsführer und der Kündigung des Anstellungsvertrages resultierenden Prozessen zu se-

hen ist, ohne dass es noch einer Beschlussfassung des Beirats nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG bedurft hätte, oder ob, falls man auch in derartigen Konstellationen (weiterhin) einen Beschluss des Beirats zur Bestellung des Prozessvertreters nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG für erforderlich hält, dieser bereits in Nummer 4 des Beschlusses des Beirats vom 27. November 2013 zu sehen ist. Jedenfalls haben die Beiratsmitglieder dadurch, dass sie sich nach den eigenen Angaben ihres neuen Geschäftsführers mit der Frage der Prozessvertretung durch den Beirat nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG befasst und ihm das Ergebnis, sie seien der Prozessvertreter, mitgeteilt haben, sowie dadurch, dass sie einen Prozessbevollmächtigten mit der Verteidigung der Beklagten gegen die Klage beauftragt haben, ihren für eine Beschlussfassung über ihre Bestellung nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG erforderlichen Willen ausreichend klar zum Ausdruck gebracht (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1999 - II ZR 47/98, ZIP 1999, 1352 f.; insoweit in BGHZ 142, 92 nicht abgedruckt). Einem Stimmverbot unterlagen die Beiratsmitglieder bei einer Beschlussfassung hinsichtlich ihrer eigenen Bestellung als Prozessvertreter nicht (BGH, Urteil vom 20. Januar 1986 - II ZR 73/85,

BGHZ 97, 28, 34 f.; Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., § 46 Rn. 70; MünchKommGmbHG/Liebscher, 2. Aufl., § 46 Rn. 274, jew. mwN).

Bergmann

Strohn

Caliebe

Reichart

Sunder

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 01.10.2014 - 419 HKO 11/14 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 02.03.2015 - 11 U 264/14 -