



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 406/17

Verkündet am:  
2. Juli 2019  
Stoll  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: \_\_\_\_\_ ja

GmbHG § 16 Abs. 1 Satz 1, § 52

- a) Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim Amtsgericht zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn entgegen der gerichtlichen Anordnung eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist.
- b) Die Einrichtung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH auf der Grundlage einer Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag ist keine Satzungsänderung und ohne Beachtung der für eine Satzungsänderung geltenden Vorschriften zulässig, wenn die Ermächtigung ausreichend bestimmt ist und der Einrichtungsbeschluss nicht gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt.

BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 - II ZR 406/17 - KG  
LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher und die Richter Wöstmann, Born, Dr. Bernau und V. Sander

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 9. November 2017 in der Fassung des Ergänzungsurteils vom 29. Januar 2018 im Urteilsausspruch II. aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 25. Juni 2015 teilweise abgeändert und die Klage abgewiesen, soweit der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit seiner Abberufung begehrt hat (Klageantrag 1.). Im übrigen Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der besondere Vertreter K. T. wird aus dem Rechtsstreit gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte ist eine GmbH. Mehrheitsgesellschafter war mit Geschäftsanteilen von mehr als 60 % des Stammkapitals F. S. , der dem Rechtsstreit als Nebenintervenient zu 6 auf Seiten der Beklagten beigetreten war. Die vom Kläger beherrschte Dr. J. Vermögensverwaltung GmbH, die dem Rechtsstreit als Nebenintervenientin zu 1 auf Seiten des Klägers beigetreten ist, hielt Geschäftsanteile mit einem Nennwert von ca. 15 % des Stammkapitals. Die von Söhnen des F. S. beherrschte S. GmbH, die dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten als Nebenintervenientin zu 2 beigetreten war, hielt Geschäftsanteile mit einem Nennwert von ca. 3 % des Stammkapitals der Beklagten. Geschäftsführer der Beklagten waren jedenfalls bis 2014 der Kläger und einer der Söhne des F. S. , W. S. .

2 In § 9 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten (im Folgenden: GV) ist unter der Überschrift "Aufsichtsrat" Folgendes vereinbart:

- "(1) Die Gesellschafter können beschließen, dass die Gesellschaft einen aus drei oder sechs Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat erhält.
- (2) Auf den Aufsichtsrat finden § 52 Abs. 1 GmbHG und die dort genannten aktienrechtlichen Bestimmungen nur Anwendung, falls und soweit die Gesellschafter dies mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschließen.
- (3) Der Aufsichtsrat überwacht die Geschäftsführung. Die Gesellschafter können dem Aufsichtsrat durch Beschluss weitere Aufgaben und Befugnisse zuweisen, insbesondere das Recht gewähren, Geschäftsführer zu bestellen und abzurufen, Anstellungsverträge mit diesen abzuschließen, zu ändern und zu beenden, Geschäftsführer zu ermächtigen, die Gesellschaft allein

zu vertreten, eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführer festzulegen und diesen Weisungen zu erteilen.

- (4) Die Gesellschafter können jederzeit beschließen, dass durch Gesellschaftsbeschluss gemäß Absatz 2 für anwendbar erklärte aktienrechtliche Bestimmungen keine Anwendung mehr finden oder dass dem Aufsichtsrat Aufgaben und Befugnisse, die ihm gemäß Absatz 3 durch Gesellschafterbeschluss zugewiesen wurden, nicht weiter zustehen."

3 Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten enthält weitere, den Aufsichtsrat betreffende Bestimmungen:

"§ 6 Geschäftsführer

[...]

- (2) Die Geschäftsführer werden durch Gesellschafterbeschluss oder, soweit der Aufsichtsrat durch Gesellschafterbeschluss gemäß § 9 Abs. 3 ermächtigt ist, durch den Aufsichtsrat bestellt oder abberufen. [...]

§ 7 Geschäftsführung

- (1) Die Geschäftsführer sind verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft in Übereinstimmung mit dem Gesetz, diesem Gesellschaftsvertrag [...] sowie den Beschlüssen der Gesellschafter oder des Aufsichtsrates - soweit dieser gemäß § 9 Abs. 3 zur Erteilung von Weisungen ermächtigt ist - zu führen.

§ 8 Vertretung

- (1) Die Gesellschaft wird durch einen Geschäftsführer allein vertreten, wenn er alleiniger Geschäftsführer ist oder wenn die Gesellschafter ihn zur Alleinvertretungsberechtigung ermächtigt haben. Die Gesellschafter oder

der Aufsichtsrat, falls er gemäß § 9 Abs. 3 hierzu ermächtigt ist, können für die Geschäftsführer eine Geschäftsordnung beschließen, die auch Abweichungen von den Bestimmungen dieses Absatzes vorsehen kann.

- (2) Die Gesellschafter können einen Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien."

4 Im Verlauf des Jahres 2014 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger auf der einen sowie F. S. und W. S. auf der anderen Seite. Am 13. Oktober 2014 fand eine von W. S. einberufene Gesellschafterversammlung statt mit unter anderem folgenden Tagesordnungspunkten:

TOP 2.1: Beschlussfassung über die Errichtung eines aus drei Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrats gemäß § 9 Absatz 3 der Satzung der Gesellschaft, welcher die Geschäftsführung überwacht und berät.

TOP 2.2: Beschlussfassung über die Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen an den Aufsichtsrat gemäß § 9 Absatz 3 der Satzung der Gesellschaft, insbesondere über die Einräumung folgender Befugnisse:

- a) Geschäftsführer zu bestellen und abzuberufen,
- b) Anstellungsverträge mit Geschäftsführern zu schließen, zu ändern und zu beenden und diesen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu erteilen,
- c) Geschäftsführer zu ermächtigen, die Gesellschaft allein zu vertreten,

- d) eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung zu erlassen, die auch die in § 8 Absatz 1 Satz 2 der Satzung der Gesellschaft angesprochenen Abweichungen und einen Katalog von Geschäftsführungsmaßnahmen, welche der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, vorsehen kann,
- e) den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen,
- f) einen nach (d) aufgestellten Katalog zustimmungspflichtiger Geschäftsführungsmaßnahmen zu ergänzen oder abzuändern,
- g) eine Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat selbst zu beschließen.

TOP 3: Beschlussfassung über die Wahl von [...]."

5 Die Beschlussvorschläge wurden mit einer Stimmenmehrheit von 63,318 % angenommen. Mit derselben Stimmenmehrheit wurden die ehemaligen Nebenintervenienten zu 3 bis 5 als Aufsichtsratsmitglieder bestellt. Der von den Minderheitsgesellschaftern auf die Tagesordnung gesetzte Antrag, W. S. als Geschäftsführer abzuberaufen, wurde mit 63,318 % der Stimmen abgelehnt. Das Zustandekommen der Beschlüsse bzw. die Ablehnung des Abberufungsantrags wurden jeweils vom Versammlungsleiter festgestellt. Über die gegen diese Beschlüsse von einem Minderheitsgesellschafter der Beklagten erhobene Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage wurde bisher nicht entschieden.

6 Am 7. Dezember 2014 beschloss der Aufsichtsrat einstimmig die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten und die sofortige Kündigung seines Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund. Vorsorglich wurde die ordentliche Kündigung zum 30. Juni 2015 beschlossen. Am 21. Dezember 2014

wurde die Kündigung des Anstellungsvertrags des Klägers vom Aufsichtsrat erneut beschlossen.

7 Auf Gesellschafterversammlungen vom 6. Januar 2015 und 7. Januar 2015, zu denen der Kläger eingeladen hatte, wurde die Einziehung des Geschäftsanteils von F. S. beschlossen. Gegen die Einziehungsbeschlüsse sind beim Landgericht Berlin Klagen rechtshängig.

8 Auf Antrag von F. S. untersagte das Landgericht Berlin mit Beschlüssen vom 7. Januar 2015 und vom 8. Januar 2015 der Beklagten und dem Kläger im Wege der einstweiligen Verfügung, aufgrund der Gesellschafterbeschlüsse vom 6. Januar 2015 und vom 7. Januar 2015 eine neue Gesellschafterliste, welche F. S. nicht mehr als Gesellschafter der Beklagten ausweist, beim Amtsgericht zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen. Soweit die Verfügungen gegen die Beklagte gerichtet waren, bestätigte sie das Landgericht nach auf den Kostenpunkt beschränkten Widersprüchen der Beklagten mit Urteilen vom 20. Juli 2016 und 26. November 2015 im Kostenpunkt.

9 Am 22. Januar 2015 reichte der die Gesellschafterversammlungen vom 6. und 7. Januar 2015 beurkundende Notar dennoch eine Gesellschafterliste zum Handelsregister ein, die F. S. nicht mehr als Gesellschafter der Beklagten auswies. Diese Gesellschafterliste wurde am 6. August 2015 in den Registerordner aufgenommen. Auf Antrag von F. S. ordnete das Landgericht Berlin mit Beschluss vom 24. August 2015 an, dass dieser Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet wurde. Am 1. September 2015 wurde eine von demselben Notar am 26. August 2015 erstellte Gesellschafterliste in das Handelsregister aufgenommen, die F. S. nicht mehr als Gesellschafter auswies und keinen Widerspruch enthielt.

- 10 Der Kläger hat mit seiner Klage die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse des Aufsichtsrats vom 7. Dezember 2014 und vom 21. Dezember 2014 über seine Abberufung (Klageantrag 1.) und die Kündigung seines Anstellungsvertrags (Klageantrag 2.) begehrt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Gegen das Urteil haben die Beklagte sowie die ehemaligen Nebenintervenienten zu 3 bis 5 Berufung eingelegt. Berufungsbegründungen sind innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist von der ehemaligen Nebenintervenientin zu 2 und von den ehemaligen Nebenintervenienten zu 3 bis 5 eingereicht worden.
- 11 Am 6./7. August 2015 beschlossen die Gesellschafter der Beklagten im Umlaufverfahren ohne Beteiligung von F. S. u.a. die Unwirksamkeit der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer, vorsorglich seine Wiederbestellung zum Geschäftsführer sowie die Abberufung des Geschäftsführers W. S. . Die Eintragung des Geschäftsführers W. S. wurde im Handelsregister gelöscht.
- 12 Am 27. August 2015 wurden auf einer Gesellschafterversammlung der Beklagten die Einziehung des Geschäftsanteils der Nebenintervenientin zu 2 sowie mehrere Änderungen des Gesellschaftsvertrags beschlossen. Die Beschlüsse über die Satzungsänderungen wurden von F. S. angefochten.
- 13 Mit Schriftsatz vom 27. August 2015 hat sich für die Beklagte, vertreten durch den Kläger, Rechtsanwalt H. gemeldet und die Rücknahme der Berufung erklärt.
- 14 Am 2. September 2015 gab das Landgericht Berlin auf Antrag des F. S. der Beklagten auf, eine Gesellschafterliste, die diesen weiterhin als Gesellschafter ausweist, zum Handelsregister einzureichen und

ihn einstweilen als Gesellschafter zu behandeln. Diese einstweilige Verfügung hob das Berufungsgericht auf (KG, ZIP 2016, 1166).

15 Am 26. April 2016 legten die ehemaligen Nebenintervenienten zu 3 bis 5 ihre Aufsichtsratsämter nieder.

16 In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 28. September 2017 hat Rechtsanwalt S. unter Vorlage einer von dem im Gerichtssaal anwesenden W. S. unterschriebenen Terminvollmacht beantragt, das Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen. Mit Telefax vom 10. Oktober 2017 hat Rechtsanwalt S. die Kopie einer ihm von dem Geschäftsführer W. S. mit Datum vom 6. Oktober 2017 erteilten Prozessvollmacht eingereicht.

17 Mit Schriftsatz vom 27. Oktober 2017 hat Rechtsanwalt H. angezeigt, dass er nunmehr auch von dem mit wiederum ohne Beteiligung von F. S. gefassten Umlaufbeschluss vom 12. Oktober 2017 nach § 46 Nr. 8 GmbHG bestimmten besonderen Vertreter der Beklagten, dem Prokuristen K. T. , bevollmächtigt sei, und namens der Beklagten erklärt, dass diese das angefochtene Urteil anerkenne, die Einlegung der Berufung nicht genehmige und das Rechtsmittel vorsorglich nochmals zurücknehme.

18 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (Urteilsausspruch II.) und durch Zwischenurteil die Nebenintervention der Streithelfer zu 2 bis 6 für unzulässig erklärt (Urteilsausspruch I.). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Beklagte, vertreten durch den Geschäftsführer W. S. , weiterhin die Abweisung der Klage. Vertreten durch den besonderen Vertreter K. T. begehrt die Beklagte, sie des Rechtsmittels der Berufung für verlustig zu erklären, nachdem sie ihre Berufung zurückgenommen habe.

Entscheidungsgründe:

19 Die Revision der Beklagten, vertreten durch den Geschäftsführer  
W. S. , hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsur-  
teils, soweit es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat, zur Abände-  
rung des landgerichtlichen Urteils und zur Abweisung der Klage, soweit der  
Kläger die Feststellung der Nichtigkeit seiner Abberufung begehrt, und im Übr-  
igen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

20 I. Das Berufungsgericht (KG, GmbHR 2018, 361) hat im Wesentlichen  
ausgeführt:

21 Die von der vom Kläger vertretenen Beklagten erklärte Berufungsrück-  
nahme sei unwirksam, weil die Beklagte in diesem Prozess nicht vom Kläger  
vertreten werden könne. Auch die erneute, nach der Berufungsverhandlung auf  
Grund einer Vollmacht des als besonderer Vertreter bestellten Prokuristen  
K. T. erklärte Berufungsrücknahme sei unbeachtlich. Der am  
12. Oktober 2017 im Umlaufverfahren zu Stande gekommene Beschluss über  
die Bestellung eines besonderen Prozessvertreters sei nichtig, weil F.  
S. an dem Beschlussverfahren nicht beteiligt worden sei. Das habe  
zur Folge, dass Rechtsanwalt H. vom besonderen Vertreter nicht wirksam  
habe bevollmächtigt werden können.

22 Die Berufung der Beklagten sei zulässig. Die möglicherweise vollmacht-  
lose Einlegung der Berufung durch die Rechtsanwälte Sch. & Partner sei  
geheilt, weil die Beklagte, vertreten durch den vom Geschäftsführer W.  
S. bevollmächtigten Rechtsanwalt S. , die Prozessführung ge-  
nehmigt habe, indem dieser in der Berufungsverhandlung vom 28. September  
2017 eine Änderung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage

beantragt habe. W. S. sei als Geschäftsführer der Beklagten zu deren Vertretung in diesem Rechtsstreit berechtigt. Er sei weder in der Gesellschafterversammlung vom 13. Oktober 2014 noch durch den Umlaufbeschluss vom 6./7. August 2015 wirksam abberufen worden. Der Umstand, dass W. S. nicht mehr als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen sei, habe auf seine Organstellung keinen Einfluss.

23 Die Berufung sei rechtzeitig begründet worden. Innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist hätten sowohl die Nebenintervenientin zu 2 als auch die Nebenintervenienten zu 3 bis 5 den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO genügende Berufungsbegründungen eingereicht. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Unzulässigkeit der Nebenintervention sei der Intervenient im Hauptverfahren zuzuziehen. Er könne für die unterstützte Hauptpartei wirksam Prozesshandlungen vornehmen, solange er nicht rechtskräftig aus dem Rechtsstreit verwiesen worden sei.

24 Die Berufung sei zurückzuweisen. Das Landgericht habe auf die zulässige allgemeine Feststellungsklage hin im Ergebnis richtig entschieden, dass der Kläger vom Aufsichtsrat der Beklagten nicht wirksam als Geschäftsführer abberufen und die Kündigung seines Anstellungsvertrags nicht wirksam beschlossen worden sei.

25 Zwar könne das Urteil des Landgerichts nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, der Kläger habe wegen der Treuebindung der Gesellschafter untereinander nur bei Vorliegen eines rechtfertigenden sachlichen Grundes abberufen werden können, der nicht vorgelegen habe. Die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Beklagten vom 7. Dezember 2014 und vom 21. Dezember 2014 seien aber nichtig, weil der Aufsichtsrat nicht wirksam bestellt worden sei. Auf die grundsätzliche Rechtsfrage, ob die durch eine Öffnungsklausel zugelas-

sene Errichtung eines Aufsichtsrats als beurkundungsbedürftige und eintragungspflichtige Satzungsänderung anzusehen sei, komme es nicht an. Die Satzung der Beklagten enthalte keine eindeutigen Vorgaben hinsichtlich der Kompetenzen des potentiellen Aufsichtsrats. Aus der in der Satzung der Beklagten enthaltenen Öffnungsklausel sei nicht zu ersehen, ob der zukünftige Aufsichtsrat drei oder sechs Mitglieder haben werde und ob er die Befugnisse nach § 52 Abs. 1 GmbHG haben werde oder, wenn nicht, welche anderen der in § 9 Abs. 3 der Satzung genannten Kompetenzen ihm zugewiesen werden würden. Zudem liege die Besonderheit vor, dass die Gesellschafter einen von der Öffnungsklausel abweichenden Beschluss gefasst hätten, indem sie den Aufsichtsrat ermächtigt hätten, den von ihnen zu bestellenden Geschäftsführern auch Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu erteilen, obwohl § 9 Abs. 3 der Satzung der Beklagten diese Befugnis nicht vorsehe.

26 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand, soweit das Berufungsgericht die Feststellung der Unwirksamkeit der angegriffenen Aufsichtsratsbeschlüsse bestätigt hat. Die Öffnungsklausel in § 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten ist ausreichend bestimmt. Ob die Gesellschafter der Beklagten den ihnen eingeräumten Gestaltungsspielraum überschritten haben, weil sie dem Aufsichtsrat die Kompetenz übertragen haben, die Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien, kann dahinstehen, weil dies die Wirksamkeit der Beschlüsse über die Einrichtung des Aufsichtsrats, die Wahl seiner Mitglieder sowie die Zuweisung der Überwachungspflicht und der Personalkompetenz im Übrigen nicht berühren würde.

27 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht die von der Beklagten eingelegte Berufung für zulässig erachtet, weil der von dem Geschäftsführer der Beklagten W. S. bevollmächtigte Rechtsanwalt S. die bisherige Prozessführung einschließlich der Einlegung der Berufung genehmigt hat. Ob die

davor für die Beklagte aufgetretenen Rechtsanwälte Sch. & Partner zum Zeitpunkt der Berufungseinlegung von einem vertretungsberechtigten Organ der Beklagten bevollmächtigt waren, bedarf daher keiner Entscheidung.

28 a) Wird ein Rechtsmittel oder ein Rechtsbehelf durch einen vollmachtlosen Vertreter eingelegt, so ist dieses als unzulässig zu verwerfen, wenn nicht der Berechtigte zuvor die Verfahrenshandlung genehmigt. Genehmigt der Berechtigte, wird dadurch der Verfahrensmangel der nicht ordnungsgemäßen Vertretung von Anfang an geheilt (§ 89 Abs. 2 ZPO). Wegen ihrer Rückwirkung braucht die Genehmigung nicht innerhalb der Frist erklärt zu werden, die für die genehmigte Verfahrenshandlung gilt (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 17. April 1984 - GmS-OGB 2/83, BGHZ 91, 111, 114 f.; BGH, Beschluss vom 10. Januar 1995 - X ZB 11/92, BGHZ 128, 280, 283; Beschluss vom 14. Dezember 2017 - V ZB 35/17, Grund-eigentum 2018, 397 Rn. 8 mwN).

29 b) Rechtsanwalt S. konnte die bisherigen Verfahrenshandlungen wirksam genehmigen, weil der ihn bevollmächtigende W. S. im Zeitpunkt der Bevollmächtigung vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagten war, kein ihn in der Vertretung verdrängender besonderer Prozessvertreter bestellt wurde und die Beklagte nicht durch ihren Aufsichtsrat vertreten werden musste.

30 aa) W. S. ist im Prozess des Klägers gegen die Beklagte als Geschäftsführer zu deren Vertretung berufen. Nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG unterliegt die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat, der Bestimmung der Gesellschafterversammlung. Die Vorschrift gilt sowohl für den Aktiv- als auch für den vorliegenden Passivprozess der Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember

1991 - II ZR 31/91, BGHZ 116, 353, 355; Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rn. 12; Beschluss vom 22. März 2016 - II ZR 253/15, ZIP 2016, 2413 Rn. 9) sowie für Prozesse mit ausgeschiedenen Geschäftsführern (BGH, Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rn. 12; Beschluss vom 22. März 2016 - II ZR 253/15, ZIP 2016, 2413 Rn. 9). Solange die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen besonderen Vertreter zu bestellen, keinen Gebrauch macht, wird die GmbH nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vorbehaltlich einer die Vertretungsbefugnis anders regelnden Satzungsbestimmung im Prozess mit ihren gegenwärtigen oder ausgeschiedenen Geschäftsführern durch einen oder mehrere bereits zuvor oder neu bestellte weitere Geschäftsführer vertreten; eines entsprechenden, zumindest stillschweigend gefassten Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf es für die Fortdauer der Vertretungsbefugnis der anderen Geschäftsführer nicht (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1981 - II ZR 72/81, WM 1981, 1353, 1354; Urteil vom 24. Februar 1992 - II ZR 79/91, ZIP 1992, 760, 761; Urteil vom 24. Oktober 2005 - II ZR 55/04, ZIP 2005, 2255 Rn. 10; Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rn. 12; Beschluss vom 2. Februar 2016 - II ZB 2/15, juris Rn. 13; Beschluss vom 22. März 2016 - II ZR 253/15, ZIP 2016, 2413 Rn. 10).

31           bb) W.           S.           ist in der Gesellschafterversammlung vom 13. Oktober 2014 nicht wirksam als Geschäftsführer abberufen worden. Davon ist auszugehen, obwohl die Frage, ob W.           S.           trotz 63,318777 % Gegenstimmen wirksam abberufen worden ist, weil F.           S.           bei dieser Abstimmung einem Stimmverbot unterlegen habe, Gegenstand eines Beschlussmängelrechtsstreits ist. Ist in der Gesellschafterversammlung einer GmbH das Zustandekommen eines bestimmten Beschlusses vom Versammlungsleiter festgestellt worden, so ist der Beschluss mit dem festgestellten Inhalt vorläufig verbindlich. Formelle oder materielle Mängel, die seine Anfechtbarkeit

begründen, wie hier das behauptete Stimmverbot des F. S. , können nur durch Erhebung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden (BGH, Urteil vom 21. März 1988 - II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69; Urteil vom 3. Mai 1999 - II ZR 119/98, ZIP 1999, 1001, 1002; Urteil vom 11. Februar 2008 - II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rn. 22; Urteil vom 21. Juni 2010 - II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rn. 16). Das gilt auch, wenn der Versammlungsleiter festgestellt hat, dass ein Beschlussantrag abgelehnt worden ist (BGH, Urteil vom 21. März 1988 - II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69). Der Versammlungsleiter der Gesellschafterversammlung vom 13. Oktober 2014 hat die Ablehnung des Abberufungsantrags festgestellt und über die dagegen erhobene Anfechtungs- und positive Beschlussfeststellungsklage ist noch nicht entschieden.

32 cc) W. S. wurde weder durch den im Umlaufverfahren gefassten Gesellschafterbeschluss vom 6./7. August 2015 wirksam abberufen noch wurde am 12. Oktober 2017 durch Umlaufbeschluss ein W. S. in der Vertretung verdrängender besonderer Prozessvertreter bestellt. Diese Beschlüsse sind nichtig, weil F. S. an den Umlaufbeschlussverfahren nicht beteiligt worden ist. Das gilt ungeachtet des Umstands, dass F. S. im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war.

33 (1) Die Nichtladung eines Gesellschafters ist ein Einberufungsmangel, der nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechend § 241 Nr. 1 AktG zur Nichtigkeit der in der Versammlung gefassten Gesellschafterbeschlüsse führt (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1961 - II ZR 97/59, BGHZ 36, 207, 211; Urteil vom 17. Oktober 1988 - II ZR 18/88, ZIP 1989, 634, 636; Urteil vom 13. Februar 2006 - II ZR 200/04, ZIP 2006, 707 Rn. 9; Beschluss vom 24. März 2016 - IX ZB 32/15, ZIP 2016, 817 Rn. 21). Das gilt für

die fehlende Beteiligung an Gesellschafterbeschlüssen, die im Umlaufverfahren gefasst werden, in gleicher Weise. Nach § 48 Abs. 2 GmbHG bedarf es der Abhaltung einer Versammlung nicht, wenn sich sämtliche Gesellschafter in Textform mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen einverstanden erklären. Wird einem Gesellschafter die Möglichkeit einer solchen Einverständniserklärung nicht eingeräumt, so führt dies ebenso wie die Nichtladung zu einer Gesellschafterversammlung zur Nichtigkeit des gefassten Beschlusses (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2006 - II ZR 135/04, ZIP 2006, 852 Rn. 10; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., Anh. § 47 Rn. 9; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., Anh. § 47 Rn. 46; Römermann in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 94 f.; MünchKommGmbHG/Wertenbruch, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 45; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 45 Rn. 65; Raiser in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 47 Rn. 43).

34                   (2) F.           S.                   hätte an den Umlaufbeschlüssen beteiligt werden müssen, obwohl er am 6./7. August 2015 und am 12. Oktober 2017 nicht mehr als Gesellschafter in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen war. Die Beklagte konnte sich gemäß § 242 BGB nicht auf die Gesellschafterliste berufen, weil die Liste entgegen der gerichtlichen Unterlassungsverfügung eingereicht wurde und die Beklagte nicht nach ihrer Aufnahme im Handelsregister für eine Korrektur gesorgt hat. Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim Amtsgericht zur Aufnahme im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn entgegen der gerichtlichen Anordnung eine verän-

derte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist.

35 (a) Ein Gesellschafter, der nicht in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist, muss grundsätzlich nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG an einem Umlaufbeschlussverfahren nicht beteiligt werden. Nach dieser Norm gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligungen als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Greift die Vermutung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, stehen dem betreffenden Gesellschafter sämtliche Mitgliedschaftsrechte, d.h. auch das Stimmrecht sowie das Recht auf Ladung und Teilnahme zur Gesellschafterversammlung sowie auf Beteiligung an einem Umlaufbeschlussverfahren, gegenüber der Gesellschaft zu, ohne dass es auf seine wahre Berechtigung ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2018 - II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rn. 23 mwN, z.V.b. in BGHZ). Umgekehrt entfaltet § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine negative Legitimationswirkung zu Lasten des nach dem Einzug seines Geschäftsanteils nicht mehr in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters. Dies gilt ungeachtet der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses. Der Gesellschafter kann ab dem Zeitpunkt der Aufnahme einer ihn nicht mehr aufführenden Gesellschafterliste zum Handelsregister seine mitgliedschaftlichen Rechte nicht länger ausüben und muss daher auch an Umlaufbeschlussverfahren nicht mehr beteiligt werden.

36 (b) Die Beklagte muss sich nach Treu und Glauben aber so behandeln lassen, als seien die F. S. nicht mehr als ihren Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterlisten nicht in den Handelsregisterordner aufgenommen worden (§ 242 BGB). Da ihr durch eine einstweilige Verfügung untersagt wurde, eine neue Gesellschafterliste beim Amtsgericht zur Aufnahme im

Handelsregister einzureichen, ist sie nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG aufgrund der dennoch eingereichten und im Handelsregister aufgenommenen Liste zu berufen.

37 (aa) Dem von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung Betroffenen steht die Möglichkeit offen, sich gegen die Aufnahme einer ihn nicht mehr als Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterliste in das Handelsregister durch die Erwirkung einer die Aufnahme untersagenden einstweiligen Verfügung gegen die GmbH zu schützen.

38 Der von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung betroffene Gesellschafter kann gegen den Einziehungsbeschluss zwar Klage erheben. Allein damit kann er indes nicht verhindern, dass eine die Einziehung nachvollziehende Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen wird. Während der Dauer des Rechtsstreits könnten die übrigen Gesellschafter das Unternehmen nach ihrem Belieben umgestalten. Aufgrund der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG blieben die von den übrigen Gesellschaftern gefassten Beschlüsse auch dann wirksam, wenn der Gesellschafter mit seiner Klage gegen den Einziehungsbeschluss Erfolg hätte (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2018 - II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rn. 25 ff., 45 mwN, z.V.b. in BGHZ; Bayer/Selentin, Festschrift 25 Jahre DNotl, 2018, S. 391, 394 f.; Kleindiek, GmbHR 2017, 815, 816; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441, 445; Ulmer/Löbbe in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn. 85). Insbesondere wenn wie vorliegend der Anteil eines Mehrheitsgesellschafters eingezogen und dieser aus der Gesellschafterliste entfernt wird, kommt es zu einem unmittelbaren Kontrollwechsel. Die veränderten Machtverhältnisse ermöglichen weitreichende Geschäftsführungsentscheidungen sowie die Fassung und Umsetzung satzungs- und strukturändernder Be-

schlüsse, die der Mehrheitsgesellschafter nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand rückgängig machen kann (Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 512; Bayer/Selentin, Festschrift 25 Jahre DNotI, 2018, S. 391, 395). Die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entfällt auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben schon dann, wenn sich nachträglich die Einziehung als unwirksam und die nach der Einziehung eingereichte Gesellschafterliste daher als unrichtig darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2018 - II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rn. 45, z.V.b. in BGHZ).

39 Dem von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung seines Geschäftsanteils betroffenen Gesellschafter muss daher ein effektives Mittel zur Verfügung gestellt werden, seine Entrechtung in der Gesellschaft während der Dauer des Rechtsstreits über die Einziehung zu verhindern bzw. seine streitige materiell-rechtliche Gesellschafterstellung bis zur Klärung der Wirksamkeit der Einziehung zu sichern. Begleitend zur Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Einziehungsbeschluss kann der Gesellschafter bei Vorliegen der Voraussetzungen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die insoweit passivlegitimierte Gesellschaft das Verbot erwirken, eine neue Gesellschafterliste, in der er nicht mehr aufgeführt ist, bei dem Registergericht einzureichen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - II ZR 21/12, ZIP 2014, 216 Rn. 36, 39; Urteil vom 20. November 2018 - II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rn. 36, z.V.b. in BGHZ; Fischer, GmbHR 2018, 1257, 1260; Fluck, GmbHR 2017, 67, 70; Hoffmann/Rüppell, BB 2016, 1026, 1032; Kleindiek, GmbHR 2017, 815, 819, 822; Liebscher/Alles, ZIP 2015, 1, 7 f.; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 508 ff.; Wagner, GmbHR 2016, 463, 467; Werner, GmbHR 2019, 265, 270; Wiegand-Schneider in Born/Ghassemi-Tabar/Gehle, MünchHdBGesR VII, 5. Aufl., § 39 Rn. 173; MünchKommZPO/Drescher, 5. Aufl., § 935 Rn. 48 mwN;

Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., Anh. § 47 Rn. 74, 76; ablehnend KG, GmbHR 2016, 416).

40 (bb) Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim Amtsgericht zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn entgegen der gerichtlichen Anordnung eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist.

41 Die formelle Legitimationswirkung gilt im Fall des Einzugs des Geschäftsanteils eines Gesellschafters nicht ausnahmslos. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass dem Gesellschafter die Anfechtungsbefugnis für die Klage gegen seinen Ausschluss oder die Einziehung seines Geschäftsanteils trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten bleibt, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 24; Urteil vom 19. September 1977 - II ZR 11/76, NJW 1977, 2316 zur GmbH; Urteil vom 22. März 2011 - II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rn. 7 ff. zur AG). Das gilt auch dann, wenn schon vor Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte Gesellschafterliste, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr eingetragen ist, im Handelsregister aufgenommen worden ist (BGH, Beschluss vom 29. Januar 2019 - II ZR 234/18, juris).

42 Die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG steht zudem unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben (BGH, Urteil vom

20. November 2018 - II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rn. 42 ff., 73, z.V.b. in BGHZ). Nach Treu und Glauben kann sich die Gesellschaft auf die Legitimationswirkung einer Gesellschafterliste unter anderem dann nicht berufen, wenn sie selbst durch unredliches Verhalten die Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister herbeigeführt hat. Welche Anforderungen sich im konkreten Fall aus Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entscheiden. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine unzulässige Rechtsausübung unter anderem dann vorliegen kann, wenn sich ein Berechtigter auf eine formale Rechtsposition beruft, die er durch ein gesetz-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten erlangt hat. Deshalb kann die Geltendmachung vertraglicher Rechte unzulässig sein, wenn der Vertragsschluss durch unredliches Verhalten herbeigeführt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Oktober 1971 - VIII ZR 165/69, BGHZ 57, 108, 111; Urteil vom 20. März 2013 - XII ZB 81/11, NJW 2013, 1676 Rn. 18; Urteil vom 27. Februar 2018 - VI ZR 109/17, NJW 2018, 1756 Rn. 20). Ein solches Verhalten der Gesellschaft liegt hinsichtlich einer Gesellschafterliste vor, wenn es ihr durch eine gerichtliche Verfügung untersagt war, nach einem Einziehungsbeschluss eine neue Gesellschafterliste einzureichen, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr als Gesellschafter eingetragen ist, und sie dennoch eine geänderte Liste einreichen lässt oder eine dem gerichtlichen Verbot zuwider aufgenommene Liste nicht korrigiert.

43 Da effektiver Rechtsschutz des von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung Betroffenen anders als durch eine einstweilige Verfügung nicht gewährleistet werden kann, darf sich die GmbH nach Treu und Glauben ihrem Gesellschafter gegenüber nicht auf die formelle Legitimationswirkung einer verbotswidrig eingereichten Liste berufen. Die einstweilige Verfügung kann nur dann ein effektives Mittel zum Schutz des von einer in ihrer Wirksamkeit ungeklärten Einziehung betroffenen Gesellschafters sein, wenn sich die Gesellschaft

an das gegen sie ausgesprochene Verbot, eine den Gesellschafter nicht mehr aufführende Gesellschafterliste einzureichen, hält bzw. nach verbotswidriger Einreichung einer solchen Liste für die Korrektur durch ihren Geschäftsführer sorgt. Bis zur Korrektur des Verfügungswidrigen Zustands verhält sich die Gesellschaft treuwidrig, wenn sie einen Gesellschafter unter Berufung auf eine verbotswidrig eingereichte Gesellschafterliste von der Beschlussfassung ausschließt, den sie nach gerichtlicher Prüfung noch bis zum Abschluss des Hauptverfahrens in der Gesellschafterliste führen müsste. Mit dem Erlass der einstweiligen Verfügung hat eine gerichtliche Prüfung stattgefunden, ob die Einziehung vorläufig als wirksam zu behandeln ist. Das Gericht des vorläufigen Rechtsschutzes ist davon ausgegangen, dass der Antragsteller weiterhin als Inhaber des von der beabsichtigten Änderung der Gesellschafterliste betroffenen Geschäftsanteils zu behandeln ist und die angestrebte Listenkorrektur daher vorläufig zu einer materiellen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste führen würde. Eine spätere Entscheidung im Hauptsacheverfahren ist nicht geeignet, einen in der Zwischenzeit womöglich eintretenden Rechtsverlust des Gesellschafters zu korrigieren. Deshalb ist es der Gesellschaft zuzumuten, den Gesellschafter bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens, in dem dieser die Feststellung der Unwirksamkeit des Einziehungsbeschlusses und damit die Feststellung des Fortbestands seiner materiellen Gesellschafterstellung begehrt, entsprechend dem Ergebnis der vorläufigen Rechtsprüfung zu behandeln, und sie darf dieses Ergebnis nicht dadurch unterlaufen, dass sie unter Berufung auf eine dennoch eingereichte geänderte Gesellschafterliste Beschlüsse ohne seine Beteiligung fasst.

44 Die Beklagte hat sich danach treuwidrig verhalten und kann sich nicht auf das Fehlen des F. S. in der Gesellschafterliste berufen. Ihr war mit Beschlüssen vom 7. Januar 2015 und vom 8. Januar 2015 untersagt worden, aufgrund der Gesellschafterbeschlüsse vom 6. Januar 2015 und vom

7. Januar 2015 eine neue Gesellschafterliste, welche F. S. nicht mehr als Gesellschafter der Beklagten ausweist, beim Amtsgericht zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen. Dennoch wurden nach Einreichung durch den die Einziehung beurkundenden Notar zwei die Einziehung nachvollziehende Gesellschafterlisten in den Registerordner aufgenommen. Die Beklagte konnte sich auch nicht nach der Entscheidung des Kammergerichts vom 10. Dezember 2015 (GmbHR 2016, 416) gegenüber F. S. auf die formelle Legitimationswirkung der Gesellschafterliste berufen. Die Aufhebung bzw. die Ablehnung des Erlasses weiterer, gegen die Beklagte gerichteter einstweiliger Verfügungen hat auf die Wirksamkeit der die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste untersagender einstweiliger Verfügungen keinen Einfluss und durfte von der Beklagten auch nicht so verstanden werden.

45 (cc) Die Beklagte kann sich entgegen der Revisionserwiderung nicht darauf berufen, dass der Notar und nicht der Kläger als Geschäftsführer die Liste eingereicht und das Registergericht sie aufgenommen hat.

46 (1) Hat ein Notar an der Veränderung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt, hat dieser nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nach Wirksamwerden der Veränderung die Liste anstelle der Geschäftsführer der Gesellschaft zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen. Die Pflicht zur Einreichung einer die Änderung ausweisenden Gesellschafterliste ist danach von der Wirksamkeit der Veränderung abhängig und besteht dann nicht, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Veränderung bestehen. Der Notar darf in diesem Fall eine die Veränderung ausweisende Gesellschafterliste erst einreichen, wenn die Zweifel an der Wirksamkeit ausgeräumt wurden (vgl. RegE eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140 S. 44; MünchKommGmbHG/Heidinger, 3. Aufl., § 40 Rn. 215 mwN). Die Einziehung eines Geschäftsanteils wird nur dann be-

reits mit der Mitteilung des Einziehungsbeschlusses an den Gesellschafter wirksam, wenn der Beschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 - II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 8; Urteil vom 20. November 2018 - II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rn. 25, z.V.b. in BGHZ).

47 (2) Ist im Vorgriff auf ein gerichtliches Verfahren, das die Klärung der Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses zum Gegenstand hat, eine einstweilige Verfügung ergangen, nach der aufgrund einer vorläufigen gerichtlichen Beurteilung der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses eine Änderung der Gesellschafterliste zunächst zu unterbleiben hat, kann der Notar Zweifel an der Wirksamkeit nicht durch eine eigene Beurteilung der Wirksamkeit oder unter Hinweis auf die vorläufige Verbindlichkeit des Gesellschafterbeschlusses ausräumen, weil die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einziehung erst im Gerichtsverfahren nach Erhebung der Beschlussmängelklage mit Wirkung für und gegen jedermann endgültig geklärt werden (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1997 - II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366).

48 (3) Aus diesem Grund umfasst die Beachtung des gerichtlichen Verbots der Einreichung einer neuen Liste auch die Verpflichtung der Gesellschaft, den Notar von der Verbotsverfügung zu unterrichten, damit dieser nicht in Unkenntnis eine verbotswidrige Gesellschafterliste einreicht. Wird dennoch nach Zustellung der einstweiligen Verfügung an die Gesellschaft eine verbotswidrige Liste eingereicht und im Handelsregister aufgenommen, ist der Geschäftsführer nicht nur befugt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 - II ZR 21/12, ZIP 2014, 216 Rn. 33), sondern auch verpflichtet, die gegen das Verbot eingereichte Gesellschafterliste zu korrigieren bzw. vom Notar korrigieren zu lassen und eine Gesellschafterliste einzureichen, in der der eingezogene Geschäftsanteil enthalten ist, um den Zustand wiederherzustellen, der mit der einstweiligen Verfügung gegen die Gesellschaft gesichert werden sollte.

- 49            dd) Zutreffend hat das Berufungsgericht dem Umstand, dass W. S. nicht mehr als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen ist, für dessen Organstellung und der daraus folgenden Vertretungsmacht keine Bedeutung beigemessen, weil die Eintragung zur Erlangung und Aufrechterhaltung der Organstellung nicht erforderlich ist (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Mai 1960 - II ZB 3/60, WM 1960, 902; Urteil vom 12. März 2019 - II ZR 299/17, Urt. Umdr. S. 13, z.V.b. in BGHZ).
- 50            ee) Die Beklagte wurde im Berufungsverfahren auch nicht durch ihren Aufsichtsrat vertreten, weil dieser nach Amtsniederlegung sämtlicher Mitglieder funktionsunfähig geworden ist und die Beklagte jedenfalls danach von ihrem Geschäftsführer W. S. vertreten wurde.
- 51            Da die Beklagte einen Aufsichtsrat hatte, wird sie im Prozess mit einem auch ehemaligen Geschäftsführer gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG, § 112 AktG durch den Aufsichtsrat vertreten. Das ist nach der Senatsrechtsprechung indes - sofern der Aufsichtsrat nicht nach dem Mitbestimmungsgesetz gebildet werden musste - dann anders, wenn in der Satzung etwas anderes geregelt oder von der Gesellschafterversammlung etwas anderes beschlossen worden ist (BGH, Urteil vom 5. März 1990 - II ZR 86/89, NJW-RR 1990, 739, 740; Urteil vom 24. November 2003 - II ZR 127/01, ZIP 2004, 237; Beschluss vom 23. April 2007 - II ZR 149/06, DStR 2007, 1358 Rn. 7). Ob dies vorliegend der Fall ist, bedarf keiner Entscheidung.
- 52            Während des Berufungsverfahrens am 26. April 2016 haben sämtliche Aufsichtsratsmitglieder ihre Ämter niedergelegt und die Beklagte hat danach keine neuen Aufsichtsratsmitglieder bestellt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Wille bestand, neue Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen, so dass dieser funktionsunfähig geworden ist. Hat der Gesellschaftsvertrag einer GmbH be-

stimmte Befugnisse dem Aufsichtsrat übertragen, ist dieser aber funktionsunfähig, dann ist die Gesellschafterversammlung in der Lage, insoweit die Rechte des Aufsichtsrats wahrzunehmen (BGH, Urteil vom 24. Februar 1954 - II ZR 88/53, NJW 1954, 799, 800; MünchKommGmbHG/Spindler, 3. Aufl., § 52 Rn. 109; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 11. Aufl., § 52 Rn. 12). Dies hat die Gesellschafterversammlung der Klägerin auch getan, indem sie, wenn auch unwirksam, einen besonderen Vertreter für diesen Prozess bestellt hat. Solange die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen besonderen Vertreter zu bestellen, keinen Gebrauch macht, wird die GmbH im Prozess mit ihren gegenwärtigen oder ausgeschiedenen Geschäftsführern durch einen oder mehrere bereits zuvor oder neu bestellte (weitere) Geschäftsführer vertreten (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 1981 - II ZR 72/81, WM 1981, 1353, 1354; Urteil vom 24. Februar 1992 - II ZR 79/91, ZIP 1992, 760, 761; Urteil vom 24. Oktober 2005 - II ZR 55/04, ZIP 2005, 2255 Rn. 10; Urteil vom 6. März 2012 - II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rn. 12; Beschluss vom 2. Februar 2016 - II ZB 2/15, juris Rn. 13; Beschluss vom 22. März 2016 - II ZR 253/15, ZIP 2016, 2413 Rn. 10). Nichts anderes gilt, wenn die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen besonderen Vertreter zu bestellen, in unwirksamer Weise Gebrauch macht.

53            2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Berufungsbegründungsfrist als gewahrt angesehen, weil die Nebenintervenientin zu 2 und die Nebenintervenienten zu 3 bis 5 innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO genügende Berufungsbegründungen eingereicht haben und ein Widerspruch zur Hauptpartei nicht vorlag (vgl. § 67 Hs. 2 ZPO). Dass das Berufungsgericht zusammen mit der Entscheidung in der Hauptsache die Nebenintervention der Streithelfer zu 2 bis 6 durch Zwischenurteil für unzulässig erklärt hat (§ 71 Abs. 1 ZPO), hat die Berufung nicht unzulässig werden lassen. Denn ein Streithelfer hat bis zur rechts-

kräftigen Zurückweisung seines Beitritts gemäß § 71 Abs. 3 ZPO die Stellung und die Befugnisse eines Nebenintervenienten (vgl. BGH, Urteil vom 9. März 1983 - IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378; Beschluss vom 10. Januar 2006 - VIII ZB 82/05, BGHZ 165, 358, 363; Beschluss vom 14. Mai 2013 - II ZB 1/11, ZIP 2013, 1274 Rn. 19). Die von einem Nebenintervenienten bis zur Zurückweisung seines Beitritts wirksam vorgenommenen Prozesshandlungen behalten auch nach Rechtskraft der Zurückweisungsentscheidung ihre Wirksamkeit (BGH, Beschluss vom 20. März 1985 - IVa ZB 1/85, VersR 1985, 551 mwN; Beschluss vom 14. Mai 2013 - II ZB 1/11, ZIP 2013, 1274 Rn. 19).

54                   3. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Berufung der Beklagten nicht wirksam zurückgenommen wurde.

55                   a) Die von der vom Kläger vertretenen Beklagten erklärte Berufungsrücknahme war unwirksam, weil die Beklagte in diesem Rechtsstreit nicht vom Kläger vertreten werden kann. Im Rechtsstreit einer GmbH mit einem ihrer Geschäftsführer kann dieser nicht gesetzlicher Vertreter der GmbH sein (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 1992 - II ZR 79/91, ZIP 1992, 760, 761; Urteil vom 11. Dezember 1995 - II ZR 220/94, ZIP 1996, 227, 228 mwN).

56                   b) Auch die erneute, nach der Berufungsverhandlung auf Grund einer Vollmacht des als besonderer Vertreter bestellten Prokuristen K.

T. erklärte Berufungsrücknahme kann keine Wirkung entfalten, weil die Bestellung des besonderen Vertreters nichtig war (s.o. II. 1. b cc)), so dass von ihm abgegebene Prozesshandlungen unwirksam sind (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 324/01, NJW-RR 2004, 275, 276).

57                   4. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Unwirksamkeit der angegriffenen Aufsichtsratsbeschlüsse festgestellt. Die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Beklagten vom 7. Dezember 2014 und vom 21. Dezember 2014 sind

nicht deshalb nichtig, weil der Aufsichtsrat durch den Gesellschafterbeschluss vom 13. Oktober 2014 nicht wirksam bestellt worden wäre. Die Einrichtung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH auf der Grundlage einer Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag ist keine Satzungsänderung und ohne Beachtung der für eine Satzungsänderung geltenden Vorschriften zulässig, wenn die Ermächtigung ausreichend bestimmt ist und der Einrichtungsbeschluss nicht gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt.

58 a) Die allgemeine Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) ist statthaft, auch soweit sie sich gegen den Abberufungsbeschluss richtet. Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH kann mit der allgemeinen Feststellungsklage gegen die Gesellschaft geltend machen, der Beschluss, mit dem er von der Gesellschafterversammlung abberufen wurde, sei nichtig (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 2008 - II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rn. 34). Dies gilt in gleicher Weise für den durch den fakultativen Aufsichtsrat abberufenen Fremdgeschäftsführer (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 1983 - II ZR 67/82, ZIP 1983, 1063, 1064; MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl., § 38 Rn. 134). Der Kläger wird im Hinblick auf seine Klagebefugnis nicht deshalb einem Gesellschafter gleichgestellt, weil die von ihm beherrschte Dr. J. Vermögensverwaltung GmbH Gesellschafterin der Klägerin ist. Denn die Berechtigung zur Erhebung einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage steht nur dem nach § 16 Abs. 1 GmbHG zu bestimmenden rechtlichen, nicht auch dem wirtschaftlichen Gesellschafter zu (BGH, Urteil vom 26. Juni 2018 - II ZR 205/16, ZIP 2018, 1492 Rn. 20). Die allgemeine Feststellungsklage ist auch im Übrigen zulässig.

59 b) Wenn es eine Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer nicht mitbestimmten GmbH zulässt, kann ein fakultativer Aufsichtsrat durch nicht notariell beurkundeten Mehrheitsbeschluss ohne Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister eingerichtet werden.

60

aa) Die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrats in der nicht mitbestimmten GmbH bedarf einer Regelung im Gesellschaftsvertrag. Ein einfacher Gesellschafterbeschluss genügt nicht (Priester, NZG 2016, 774, 775; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 52 Rn. 3; Nießen in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 52 Rn. 17; Lutter/Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 52 Rn. 4; Giedinghagen in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 52 Rn. 7; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 11. Aufl., § 52 Rn. 2; Münch-KommGmbHG/Spindler, 3. Aufl., § 52 Rn. 35). Ob eine die Einrichtung eines Aufsichtsrats gestattende Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer GmbH ausreichende Beschlussgrundlage sein kann oder ob ein solcher Beschluss nur unter Einhaltung der für eine Satzungsänderung gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen gefasst werden darf, ist umstritten. Teilweise wird die Zulässigkeit der Einrichtung eines Aufsichtsrats durch einen nicht notariell beurkundeten Mehrheitsbeschluss und ohne Eintragung in das Handelsregister auf der Grundlage einer Öffnungsklausel abgelehnt, weil durch einen solchen Beschluss ein dauerhaft von der Satzung abweichender rechtlicher Zustand begründet würde. Ein solcher Beschluss sei daher ohne Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften unwirksam. Eine Öffnungsklausel in der Satzung ändere daran nichts, weil eine Ermächtigung zur Regelung nicht schon die Regelung selbst sei. Die mit der Einrichtung eines Aufsichtsrats verbundene materielle Änderung der Gesellschaftsverfassung sei offensichtlich. Bis zu diesem Zeitpunkt bestehe eine GmbH ohne Aufsichtsrat, erst danach eine mit Aufsichtsrat. Die Änderung der Gesellschaftsverfassung durch die Errichtung eines mit Organkompetenzen ausgestatteten Aufsichtsrats sei stets eine materielle Satzungsänderung (vgl. KG, ZIP 2016, 673, 674; GmbHR 2018, 361; Schodder, EWiR 2018, 457, 458; Weiß, EWiR 2016, 267, 268; im Ergebnis ebenso Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl., Kap 4 Rn. 746).

- 61 Das Schrifttum geht hingegen überwiegend davon aus, dass die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrats in der nicht mitbestimmten GmbH zwar grundsätzlich einer Regelung im Gesellschaftsvertrag bedürfe. Allerdings sei es ausreichend, wenn eine Öffnungsklausel in der Satzung die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats zulasse (vgl. Otto, GmbHR 2016, 19, 20 mwN auch aus dem älteren Schrifttum; ders., GmbHR 2018, 367, 368; Priester, NZG 2016, 774, 775 ff.; Diekmann in MünchHdbGesR III, 5. Aufl., § 48 Rn. 15; Henssler in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 52 GmbHG Rn. 3; BeckOK GmbHG/Jaeger, 38. Edition 1. Februar 2019, § 52 Rn. 6; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., § 52 Rn. 1; Nießen in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 52 Rn. 17; Schnorbus in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 52 Rn. 8; Giedinghagen in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 52 Rn. 7; MünchKommGmbHG/Spindler, 3. Aufl., § 52 Rn. 35; Heermann in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 52 Rn. 16, 25).
- 62 bb) Die letztgenannte Auffassung ist richtig. Die Einrichtung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH auf der Grundlage einer Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag ist keine Satzungsänderung und ohne Beachtung der für eine Satzungsänderung geltenden Vorschriften zulässig, wenn die Ermächtigung ausreichend bestimmt ist und der Einrichtungsbeschluss nicht gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt.
- 63 (1) Die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats in einer GmbH auf der Grundlage einer Öffnungsklausel ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt. Bereits mit Urteil vom 13. Juni 1983 (II ZR 67/82, ZIP 1983, 1063) hat der Bundesgerichtshof den auf der Grundlage einer Öffnungsklausel gebildeten Aufsichtsrat einer GmbH als funktionsfähiges Organ der Gesellschaft angesehen. Mit Urteil vom 7. Juni 1993 ging er von einem aufgrund einer Öffnungsklausel wirksam errichteten Aufsichtsrat aus und befand

lediglich die Verlängerung der laut Satzung dreijährigen Amtszeit durch einen einfachen Gesellschafterbeschluss in Ermangelung einer Satzungsgrundlage für nichtig (BGH, Urteil vom 7. Juni 1993 - II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, 18 f.).

64

(2) Die Gründer einer GmbH haben ein anerkanntes Interesse auf eine flexible Satzungsgestaltung, dass sie zwar die erforderliche Satzungsgrundlage für die Einrichtung eines Aufsichtsrats schaffen, sich aber noch nicht festlegen wollen, ob und wann sie davon Gebrauch machen. Hierbei handelt es sich um eine bei mittelständischen Unternehmen seit vielen Jahren weit verbreitete Gestaltungspraxis (vgl. Otto, GmbHR 2016, 19, 20; Priester, NZG 2016, 774, 776). Die Einrichtung eines Aufsichtsrats bedeutet zwar einen signifikanten Eingriff in die Binnenstruktur der Gesellschaft. Dies gilt vor allem dann, wenn einem fakultativen Aufsichtsrat wie vorliegend die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer übertragen wird, weil in der nicht mitbestimmten Gesellschaft die Bestellung und die Abberufung sowie die Anstellung und Kündigung der Geschäftsführer zu den wesentlichen Aufgaben der Gesellschafter gehören (§ 46 Nr. 5 GmbHG; BGH, Beschluss vom 6. März 1997 - II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 53; Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 364/18, ZIP 2019, 701 Rn. 33, z.V.b. in BGHZ; vgl. ferner BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rn. 20). Indes findet die Veränderung der Binnenstruktur der Gesellschaft nicht außerhalb des Gesellschaftsvertrags statt, sondern die Gesellschafter nehmen den Struktureingriff in Gestalt einer entsprechenden Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag bereits vorweg. Sie haben dadurch eine Organisationsstruktur ihrer GmbH mit drei Organen, bestehend aus Gesellschaftern, Geschäftsführern und Aufsichtsrat, gesellschaftsvertraglich gebilligt. Wird von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht, wird kein von der Satzung abweichender rechtlicher Zustand begründet, der die Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften erfordern würde. Stattdessen handelt es sich bei der auf der Basis einer Öffnungsklausel vorgenommenen

Einrichtung eines Aufsichtsrats um die Herstellung des im Gesellschaftsvertrag bereits angelegten Zustands. Der Beschluss bedarf daher vorbehaltlich strengerer Anforderungen im Gesellschaftsvertrag keiner qualifizierten Stimmenmehrheit und keiner notariellen Beurkundung nach § 53 Abs. 2 GmbHG; zu seiner Wirksamkeit ist die Eintragung in das Handelsregister nach § 54 Abs. 3 GmbHG nicht erforderlich (vgl. Priester, NZG 2016, 774, 776; Henssler in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 52 GmbHG Rn. 3; Nießen in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 52 Rn. 17; Giedinghagen in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 52 Rn. 7).

65 (3) Im Hinblick auf Transparenzdefizite vorgetragene Bedenken gegen die Einrichtung eines Aufsichtsrats auf der Grundlage einer Öffnungsklausel sind nicht durchgreifend (ebenso Priester, NZG 2016, 774, 776; Giedinghagen in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 52 Rn. 7; aA Schodder, EWiR 2018, 457, 458; Weiß, EWiR 2016, 267, 268; Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl., Kap 4 Rn. 746). Enthält ein Gesellschaftsvertrag eine Öffnungsklausel, lässt sich anhand des beim Handelsregister einsehbaren Gesellschaftsvertrags erfahren, dass möglicherweise ein Aufsichtsrat besteht. Ein potenzieller Erwerber kann zudem nachfragen, ob von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht wurde (vgl. Priester, NZG 2016, 774, 776). Sofern die Gesellschaft einen Aufsichtsrat gebildet und dieser einen Vorsitzenden hat, ist nach § 35a Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf allen Geschäftsbriefen der Vorsitzende des Aufsichtsrats mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen anzugeben. Zudem verpflichtet § 52 Abs. 3 Satz 2 GmbHG die Geschäftsführer, bei Bestellung des Aufsichtsrats nach der Gründung unverzüglich eine Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats einzureichen. Das Registergericht hat nach § 10 HGB einen Hinweis darauf bekannt zu machen, dass die Liste zum Handelsregister eingereicht worden ist.

- 66 c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Öffnungsklausel in § 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten ausreichend bestimmt. Ob die Gesellschafter der Beklagten bei Einrichtung des Aufsichtsrats den ihnen in der Öffnungsklausel eingeräumten Gestaltungsspielraum überschritten und gegen eine bestehende Kompetenzzuweisung an die Gesellschafterversammlung in der Satzung der Beklagten verstoßen haben, kann dahinstehen, weil dies die Wirksamkeit der Beschlüsse über die Einrichtung des Aufsichtsrats, die Wahl seiner Mitglieder und die Zuweisung der Überwachungspflicht und der Personalkompetenz im Übrigen nicht berühren würde.
- 67 aa) Die im Gesellschaftsvertrag der Beklagten vereinbarte Öffnungsklausel ist ausreichend bestimmt. Sie regelt mit der Möglichkeit der Einrichtung eines Aufsichtsrats und der Übertragung der Überwachung der Geschäftsführung auf diesen die wesentlichen Bestandteile einer Öffnungsklausel. Daneben enthält der Gesellschaftsvertrag der Beklagten eine Auswahlmöglichkeit zur Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrats sowie die Möglichkeit, die Personalkompetenz und das Weisungsrecht als wesentliche Aufgaben der Gesellschafterversammlung auf den Aufsichtsrat zu übertragen. Darüber hinaus hat der Gesellschaftsvertrag in seinen Bestimmungen über die Geschäftsführer bereits Vorsorge für den Fall getroffen, dass ein Aufsichtsrat eingerichtet wird.
- 68 Eine die Gesellschafterversammlung zur Einrichtung eines Aufsichtsrats ermächtigende Öffnungsklausel muss nicht jede Einzelheit regeln, sondern kann die nähere Ausgestaltung den Gesellschaftern überlassen. Da es als Grundlage für einen nicht den Anforderungen an eine Satzungsänderung unterliegenden Gesellschafterbeschluss über die Einrichtung eines Aufsichtsrats erforderlich ist, dass die Gesellschafter die wesentliche Strukturentscheidung im Gesellschaftsvertrag treffen, ist es notwendig, aber auch ausreichend, wenn neben der Grundsatzentscheidung über die Möglichkeit der Einrichtung eines

Aufsichtsrats die wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats, die Überwachungsfunktion, eine Satzungsgrundlage hat und, sofern weitere Kompetenzen übertragen werden sollen, diese jedenfalls in den Grundzügen schon in der Satzung aufgeführt sind (vgl. Henssler in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 52 GmbHG Rn. 3; Nießen in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 52 Rn. 17; Priester, NZG 2016, 774, 775; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., § 52 Rn. 1; MünchKommGmbHG/Spindler, 3. Aufl., § 52 Rn. 35).

69           bb) Es kann dahinstehen, ob die Übertragung der Kompetenz zur Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB auf den Aufsichtsrat gegen die Satzung der Beklagten verstößt, weil diese Kompetenz in § 8 Abs. 2 GV ausdrücklich der Gesellschafterversammlung zugewiesen ist und nicht, wie in anderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, ein Vorbehalt zu Gunsten eines gemäß § 9 Abs. 3 GV ermächtigten Aufsichtsrats aufgenommen wurde. Denn die Nichtigkeit der Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB würde nicht zur Nichtigkeit der Beschlüsse über die Einrichtung des Aufsichtsrats der Beklagten, die Wahl seiner Mitglieder und die Kompetenzzuweisung im Übrigen führen.

70           (1) Allerdings sind Satzungsdurchbrechungen, die einen von der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand begründen, ohne Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften nichtig (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 1993 - II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, 19; Urteil vom 10. Mai 2016 - II ZR 342/14, BGHZ 210, 186 Rn. 17). Die Nichtigkeit des Beschlusses zu TOP 2.2, mit dem dem Aufsichtsrat seine Kompetenzen zugewiesen wurde, zieht nicht nach § 139 BGB die Nichtigkeit der Beschlüsse zu TOP 2.1, mit der der Aufsichtsrat errichtet wurde und des Beschlusses zu TOP 3., mit der die Mitglieder des Aufsichtsrats gewählt wurden nach sich. § 139 BGB findet auf

mehrere, rechtlich oder sachlich zusammenhängende Beschlüsse keine Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2015 - II ZR 176/14, BGHZ 205, 319 Rn. 31 zur AG).

71 (2) Es bedarf keiner Entscheidung, ob und unter welchen Umständen die Nichtigkeit eines Beschlusses Ausstrahlungswirkung in Bezug auf andere Beschlüsse entfalten kann (vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 45 Rn. 42; MünchKommGmbHG/Wertenbruch, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 151; Raiser in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 47 Rn. 84). Denn die unterstellte Teilnichtigkeit des Beschlusses zu TOP 2.2 würde nicht zu dessen Gesamtnichtigkeit führen. Werden in einem Beschluss mehrere Beschlussgegenstände zusammengefasst, beurteilt sich die Gesamtnichtigkeit des Beschlusses bei der Nichtigkeit eines Teils entsprechend § 139 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1988 - II ZR 148/87, ZIP 1988, 432, 433; Urteil vom 19. Mai 2015 - II ZR 176/14, BGHZ 205, 319 Rn. 30, beide zur AG; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., Anh. § 47 Rn. 34; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., Anh. § 47 Rn. 78; Teichmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., Anh. § 47 Rn. 30; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 45 Rn. 41; MünchKommGmbHG/Wertenbruch, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 147; Raiser in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 47 Rn. 83). Danach ist der ganze Beschluss nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil gefasst worden wäre. Insoweit kommt es auf den mutmaßlichen Willen der Gesellschafterversammlung an, der grundsätzlich durch Auslegung des Beschlusses zu ermitteln ist (BGH, Urteil vom 19. Mai 2015 - II ZR 176/14, BGHZ 205, 319 Rn. 30).

72 Nach dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafterversammlung der Beklagten ist anzunehmen, dass der am 13. Oktober 2014 gefasste, die Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat betreffende Beschluss, auch ohne die Über-

tragung der Ermächtigung zur Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB auf den Aufsichtsrat gefasst worden wäre. Denn die Übertragung dieser Ermächtigung ist lediglich ein nachrangiger Teilaspekt zu dem der Beschlusslage zu entnehmende Willen der Gesellschafterversammlung, einen Aufsichtsrat einzurichten, durch die Wahl seiner Mitglieder in Vollzug zu setzen und ihm die Überwachungspflicht und die Personalkompetenz zuzuweisen. Die Gesellschafterversammlung hätte die für die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats notwendige Kompetenzzuweisung auch ohne den - unterstellt - nichtigen Teil der Übertragung der Befreiungsermächtigung beschlossen und nicht insgesamt davon abgesehen, den Aufsichtsrat durch eine Aufgabenzuweisung arbeitsfähig zu machen. Umstände, die eine andere Auslegung des Gesellschafterwillens begründen könnten, sind nicht ersichtlich.

73

d) Die Anfechtung der den Aufsichtsrat der Beklagten betreffenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13. Oktober 2014 hat auf die Abberufung des Klägers keine Auswirkung, solange über die Anfechtungsklage nicht entschieden wurde. Ist in der Gesellschafterversammlung einer GmbH das Zustandekommen eines bestimmten Beschlusses vom Versammlungsleiter festgestellt worden, so ist der Beschluss mit dem festgestellten Inhalt vorläufig verbindlich (BGH, Urteil vom 21. März 1988 - II ZR 308/87, BGHZ 104, 66; Urteil vom 3. Mai 1999 - II ZR 119/98, ZIP 1999, 1001, 1002; Urteil vom 11. Februar 2008 - II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rn. 22; Urteil vom 21. Juni 2010 - II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rn. 16) und bis zur Entscheidung über die Beschlussanfechtungsklage als gültig zu behandeln (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 2014 - V ZR 167/13, ZMR 2015, 235 Rn. 6 f.; Urteil vom 26. Oktober 2018 - V ZR 328/17, NJW 2019, 1216 Rn. 24).

74

III. Das Berufungsurteil ist nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO). Das Urteil kann nicht teilweise mit der Begründung des Landgerichts auf-

rechterhalten werden, der Kläger hätte wegen der Treuebindung der Gesellschafter untereinander nur bei Vorliegen eines rechtfertigenden sachlichen Grundes abberufen werden können, der hier nicht vorgelegen habe.

75 Ist im Gesellschaftsvertrag keine abweichende Bestimmung getroffen, verbleibt es bei der Regelung des § 38 Abs. 1 GmbHG, wonach der Geschäftsführer einer GmbH jederzeit frei abrufbar ist. Es kann dahinstehen, inwieweit und mit welchem Ergebnis Treuepflichten eine Abberufungsentscheidung beeinflussen können. Denn der Kläger kann als Fremdgeschäftsführer gegen seine Abberufung die Verletzung gesellschaftlicher Treuepflichten nicht einwenden (vgl. MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl., § 38 Rn. 12; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, GmbHG, 11. Aufl., § 38 Rn. 18).

76 IV. Das Berufungsurteil ist daher im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

77 1. Soweit die Berufung der Beklagten gegen die Feststellung des Landgerichts, dass die Abberufung des Klägers nichtig sei, zurückgewiesen wurde, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, da diese zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Da der Gesellschaftsvertrag der Beklagten für die Abberufung ihrer Geschäftsführer keinen wichtigen Grund verlangt, ist der Rechtsstreit insoweit entscheidungsreif und die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Abberufung des Klägers abzuweisen. Die am 6./7. August 2015 im Umlaufverfahren gefassten Beschlüsse der Gesellschafter über die Unwirksamkeit der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer, bzw. über dessen vorsorgliche Wiederbestellung zum Geschäftsführer sind unwirksam, weil F. S. am Umlaufverfahren nicht beteiligt wurde (s.o. II. 1. b) cc)).

78            2. Im übrigen Umfang der Aufhebung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO), damit es die zur Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigungen des Anstellungsverhältnisses des Klägers erforderlichen Feststellungen treffen kann. Ob die Kündigungen des Anstellungsvertrags des Klägers wirksam sind, insbesondere ob ein wichtiger Grund vorlag, hat das Berufungsgericht, auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung folgerichtig, bisher nicht geprüft.

79            3. Der besondere Vertreter K.            T.            ist aus dem Rechtsstreit zu weisen, weil seine Bestellung nichtig war (s.o. II. 1. b cc)) und er deshalb nicht berechtigt ist, die Beklagte zu vertreten.

80            Wenn die Legitimation einer als gesetzlicher Vertreter auftretenden Person während des Rechtsstreits in Frage gestellt wird, so ist die nicht legitimierte Person aus dem Rechtsstreit zu weisen. Das ist zwar im Gesetz nicht geregelt, ergibt sich aber aus der Notwendigkeit, den nicht befugten Vertreter von weiteren Prozesshandlungen für die von ihm nicht vertretene Partei auszuschließen (vgl. BFHE 99, 348; 112, 113; KG, NJW 1968, 1635 mwN; MünchKomm/ZPO/Lindacher, 5. Aufl., § 52 Rn. 34; Zöller/Althammer, ZPO, 32. Aufl., § 56 Rn. Rn. 13; Stein/Jonas/Jacoby, ZPO, 23. Aufl., § 56 Rn. 18). Da die Bestellung des besonderen Vertreters K.            T.            nichtig war (s.o. II. 1. b cc)), ist er nicht berechtigt, die Beklagte zu vertreten. Da er jedoch in der Annahme einer eigenen Vertretungsbefugnis im Prozess sowohl in der Berufungs- als auch in der Revisionsinstanz tätig geworden ist, musste der Senat ihn aus dem Rechtsstreit weisen.

81            Der von dem durch den nichtig bestellten besonderen Vertreter beauftragten Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gestellte Antrag auf Erlass eines Versäumnisurteils ist als Prozesshandlung

unwirksam und war daher nicht zu bescheiden (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 324/01, NJW-RR 2004, 275, 276).

Drescher

Wöstmann

Born

Bernau

V. Sander

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 25.06.2015 - 104 O 93/14 -

KG, Entscheidung vom 09.11.2017 - 23 U 67/15 -