



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 304/15

Verkündet am:
8. November 2016
Vondrasek,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG §§ 121 Abs. 2 Satz 2, 241 Nr. 1; GmbHG §§ 49 Abs. 1, 50 Abs. 3;

ZPO § 559 Abs. 1 Satz 1

§ 121 Abs. 2 Satz 2 AktG ist auf die Einberufungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH nicht entsprechend anwendbar.

BGH, Urteil vom 8. November 2016 - II ZR 304/15 - OLG Köln
LG Köln

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2016 durch den Richter Prof. Dr. Strohn, die Richterin Caliebe und die Richter Wöstmann, Prof. Dr. Drescher und Sunder

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 15. Oktober 2015 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Gesellschafter der Beklagten, eines Familienunternehmens in der Rechtsform einer GmbH. Er hält einen Geschäftsanteil in Höhe von 49 % des Stammkapitals. B. L. hielt zunächst einen Geschäftsanteil in Höhe von 31 %, sein Vater P. L., Onkel des Klägers, hielt einen Geschäftsanteil in Höhe von 20 %. Einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Beklagten waren der Kläger und B. L. Der Kläger legte sein Geschäftsführeramts zum 30. Juni 2011 nieder.

2 Im Jahr 2013 kam es zu einem Zerwürfnis zwischen dem Kläger auf der
einen Seite sowie B. und P. L. auf der anderen Seite.

3 Mit Schreiben vom 3. Februar 2014 verlangte der Kläger von B.
L. als Geschäftsführer der Beklagten die Einberufung einer außeror-
dentlichen Gesellschafterversammlung u.a. zwecks Abberufung des B.
L. als Geschäftsführer. Nachdem B. L. dies mit Schrei-
ben vom 20. Februar 2014 abgelehnt hatte, lud der Kläger mit Schreiben vom
25. Februar 2014 B. L. und seinen damals noch als Gesellschafter
in der Gesellschafterliste eingetragenen Vater P. L. zu einer Ge-
sellschafterversammlung am 7. März 2014 unter Mitteilung der bereits zuvor
angekündigten Tagesordnung. P. L. trat durch notariellen Vertrag
vom 5. März 2014 seinen Geschäftsanteil an seinen Sohn B. L.
ab. Die neue Gesellschafterliste wurde am 13. März 2014 in den Registerordner
des Handelsregisters aufgenommen.

4 In der Gesellschafterversammlung vom 7. März 2014, an der P.
L. nicht teilnahm und in der der Kläger die Versammlungsleitung
übernahm, wurden u.a. die Abberufung von B. L. , die fristlose
Kündigung seines Anstellungsvertrags sowie die Bestellung des Klägers zum
Geschäftsführer beschlossen und von dem Kläger als Versammlungsleiter fest-
gestellt. Die von B. L. hiergegen erhobene Nichtigkeits- und An-
fechtungsklage blieb erfolglos. Mit Beschluss vom 21. Juni 2016 (II ZR 148/15)
hat der II. Zivilsenat die Nichtzulassungsbeschwerde von B. L.
gegen das klageabweisende Urteil des Berufungsgerichts (OLG Köln,
18 U 181/14) zurückgewiesen.

5 Der Versuch des Klägers, die am 7. März 2014 gefassten Beschlüsse im
Handelsregister eintragen zu lassen, blieb erfolglos. Jedoch hat das Landge-

richt Köln durch Urteil im einstweiligen Verfügungsverfahren vom 31. März 2014 B. L. untersagt, die Geschäfte der Beklagten zu führen und die Beklagte zu vertreten, sofern der Kläger nicht zuvor schriftlich zugestimmt habe. Bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung im Anfechtungsverfahren wurden seine Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht dahingehend eingeschränkt, dass mit sofortiger Wirkung nur noch Gesamtvertretungsmacht und Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller Geschäftsführer der Beklagten bestehe.

6 B. L. , handelnd als Geschäftsführer der Beklagten, lud den Kläger mit einem Schreiben vom 11. Juni 2014 zu einer Gesellschafterversammlung am 20. Juni 2014 ein und kündigte als Tagesordnungspunkte u.a. eine Beschlussfassung über die Bestellung seines Vaters P. L. zum Geschäftsführer der Beklagten mit Alleinvertretungsmacht und über die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer an. An der Gesellschafterversammlung nahmen als die (nunmehr) einzigen Gesellschafter sowohl der Kläger als auch B. L. teil. In der Versammlung wurden jeweils gegen die Stimmen des Klägers und ohne Rücksicht auf seine unter anderem die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung betreffenden Rügen die in der Einladung angekündigten Beschlüsse über die Bestellung von P. L. zum Geschäftsführer und über die Abberufung des Klägers gefasst und festgestellt.

7 Mit der vorliegenden Klage hat der Kläger die am 20. Juni 2014 gefassten Beschlüsse angegriffen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Beschlüsse vom 20. Juni 2014 für unwirksam erklärt. Die von der Beklagten hiergegen eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen und das angefochtene Urteil im Sinne einer Nichtigkeitsfeststellung der Beschlüsse vom 20. Juni 2104 anstelle einer Nichtigklärung abgeändert. Gegen dieses

Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

9 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Belang, im Wesentlichen ausgeführt:

10 Die Gesellschafterbeschlüsse vom 20. Juni 2014 seien wegen eines Einberufungsmangels analog § 241 Nr. 1 AktG nichtig. B. L. sei zur Einberufung der Gesellschafterversammlung weder gemäß § 49 Abs. 1 GmbHG noch gemäß § 50 Abs. 3 GmbHG befugt gewesen, weil er mit Gesellschafterbeschluss vom 7. März 2014 vorläufig wirksam als Geschäftsführer abberufen worden sei und das Verfahren nach § 50 GmbHG nicht eingehalten habe.

11 Die Einberufungsbefugnis einer vorläufig wirksam abberufenen, aber im Handelsregister noch als Geschäftsführer eingetragenen Person ergebe sich nicht aus einer Analogie zu § 121 Abs. 2 S. 2 AktG. Möge auch der für die GmbH analog anzuwendende § 241 Nr. 1 AktG unter anderem allgemein auf § 121 Abs. 2 AktG verweisen, so fehle es hinsichtlich der Bestimmung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG an den Voraussetzungen einer Analogie. Es lasse sich im Zusammenhang mit der Einberufungsbefugnis und diesbezüglichen Einberufungsmängeln weder eine planwidrige Regelungslücke des GmbH-Rechts feststellen, noch bestehe eine vergleichbare Interessenlage.

12 Ebenso wenig begründe eine faktische Geschäftsführung die Einberufungsbefugnis des B. L. gemäß § 49 Abs. 1 GmbHG. Denn gemäß § 50 GmbHG könnten auch die Gesellschafter unter gewissen Voraussetzungen eine Gesellschafterversammlung einberufen, so dass das Fehlen eines wirksam bestellten Geschäftsführers allein nicht hindere, gewisse streitige Fragen der Gesellschafterversammlung zur Entscheidung vorzulegen. Zudem könne im Hinblick auf die einstweilige Verfügung, die B. L. Geschäftsführungs- und Vertretungsmaßnahmen nur mit Zustimmung des Klägers gestatte, nicht ohne weiteres von einer faktischen Geschäftsführung seitens des B. L. ausgegangen werden. Hierzu hätte es detaillierten Vortrags der Beklagten über die Geschäftsführungsverhältnisse und über die Aufgabenwahrnehmung seitens des B. L. bedurft.

13 II. Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei erkannt, dass B. L. zur Einberufung der Gesellschafterversammlung vom 20. Juni 2014 nicht befugt war. Fehlt dem Einberufenden die Befugnis zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung, führt dies zur Unwirksamkeit der Einladung und Nichtigkeit der auf der Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse analog § 241 Nr. 1 AktG (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 1983 - II ZR 14/82, BGHZ 87, 1, 2; Urteil vom 13. Mai 2014 - II ZR 250/12, BGHZ 201, 216 Rn. 12 mwN).

14 1. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht eine Einberufungsbefugnis des B. L. aus § 49 GmbHG verneint.

15 a) Nach § 49 Abs. 1 GmbHG wird die Versammlung der Gesellschafter durch den Geschäftsführer berufen. Sind mehrere Geschäftsführer vorhanden, so steht die Einberufungskompetenz selbst bei Gesamtgeschäftsführung und

-vertretung jedem einzelnen Geschäftsführer zu (BGH, Beschluss vom 24. März 2016 - IX ZB 32/15, ZIP 2016, 817 Rn. 29).

16 b) B. L. war im Zeitpunkt der Einberufung der Gesellschafterversammlung zum 20. Juni 2014 mit Schreiben vom 11. Juni 2014 nicht (mehr) Geschäftsführer der Beklagten. Er war mit Gesellschafterbeschluss vom 7. März 2014 wirksam als Geschäftsführer abberufen worden

17 aa) Es kommt im Revisionsverfahren nicht (mehr) darauf an, ob und inwieweit dem in der Gesellschafterversammlung vom 7. März 2014 gefassten und festgestellten Beschluss betreffend die Abberufung von B. L. zumindest eine vorläufige Verbindlichkeit zukommt, wenn dieser im Klageverfahren angefochten ist. Denn inzwischen steht fest, dass der Beschluss wirksam ist. Die Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage von B. L., der den ihn betreffenden Abberufungsbeschluss vom 7. März 2014 als einziger Gesellschafter innerhalb der Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG angefochten hat, ist ohne Erfolg geblieben. Mit Beschluss vom 21. Juni 2016 (II ZR 148/15) hat der Senat die Nichtzulassungsbeschwerde von B. L. gegen das Urteil des OLG Köln (18 U 181/14), mit dem seine Berufung gegen das klageabweisende Urteil des Landgerichts Köln in Bezug auf die Anfechtung des ihn betreffenden Abberufungsbeschlusses vom 7. März 2014 zurückgewiesen wurde, seinerseits zurückgewiesen. Damit ist die Entscheidung des Berufungsgerichts betreffend den Abberufungsbeschluss rechtskräftig geworden und es steht fest, dass B. L. ab dem 7. März 2014 nicht mehr Geschäftsführer der Beklagten war.

18 bb) Dieser Umstand ist im Revisionsverfahren zu beachten. Zwar unterliegt der Beurteilung des Revisionsgerichts nach § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur dasjenige Parteivorbringen, das aus dem Berufungsurteil und dem Sitzungspro-

tokoll ersichtlich ist. Jedoch ist § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Umstände, die sich erst während der Revisionsinstanz ereignen, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstrittig sind und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (BGH, Urteil vom 10. Juli 1995 - II ZR 75/94, ZIP 1995, 1698; Urteil vom 9. Juli 1998 - IX ZR 272/96, NJW 1998, 2972, 2974; Urteil vom 21. November 2001 - XII ZR 162/99, NJW 2002, 1130, 1131; Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, BeckRS 2014, 20426 Rn. 21; MünchKommZPO/Ball, 5. Aufl., § 559 Rn. 31 mwN).

19 Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Es ist unstrittig, dass die Anfechtungsklage des B. L. infolge der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde keinen Erfolg hatte und er damit seit dem 7. März 2014 nicht mehr Geschäftsführer der Beklagten ist. Schützenswerte Belange des Klägers stehen der Berücksichtigung dieser Tatsache nicht entgegen; der unstrittige Umstand der Abberufung des B. L. ist für ihn günstig.

20 2. Das Berufungsgericht hat ebenso rechtsfehlerfrei erkannt, dass die Einberufungsbefugnis des B. L. nicht auf § 50 Abs. 3 GmbHG gestützt werden kann, da er das in § 50 GmbHG vorgesehene Verfahren nicht eingehalten hat. Hiergegen wird von der Revision auch nichts erinnert.

21 3. Eine Einberufungsbefugnis von B. L. ergibt sich auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 121 Abs. 2 S. 2 AktG, wonach Personen, die im Handelsregister als Vorstand eingetragen sind, als zur Einberufung der Hauptversammlung befugt gelten.

22 a) In Rechtsprechung und Literatur ist streitig, ob der abberufene Geschäftsführer einer GmbH eine Gesellschafterversammlung einberufen darf,

wenn er - wie hier - im Zeitpunkt der Einberufung noch im Handelsregister eingetragen ist.

23 aa) Teilweise wird vertreten, § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG sei auf eine GmbH analog anzuwenden mit der Folge, dass auch ein nicht (mehr) rechtswirksam bestellter Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung einberufen darf, wenn er im Handelsregister als Geschäftsführer eingetragen ist (OLG Düsseldorf, NZG 2004, 916, 921; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 49 Rn. 1; Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl., § 49 Rn. 5; MünchKommGmbHG/Liebscher, 2. Aufl., § 49 Rn. 15 und 16; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 49 Rn. 2). Danach soll die formale Rechtsposition ausreichen, um die Einberufungskompetenz zu begründen. Die Rechtssicherheit habe Vorrang vor einer ggf. abweichenden tatsächlichen Rechtslage.

24 bb) Andere sprechen sich - wie das Berufungsgericht - gegen eine analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG aus (Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl., § 49 Rn. 3; Hillmann in Henssler/Strohn, GesR, 3. Aufl., § 49 GmbHG, Rn. 3; Michalski/Römermann, GmbHG, 2. Aufl., § 49, Rn. 23 ff., 26; Teichmann in Gehrlein/Ekkenga/Simon, HK-GmbHG, 2. Aufl., § 49 Rn. 4; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 49 Rn. 2; Hüffer/Schürnbrand in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 49 Rn. 7 mwN). Eine analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG sei ausgeschlossen, da es insoweit an einer vergleichbaren Interessenlage fehle. Die Gesellschafter der typischen GmbH stünden den Geschäftsführern - anders als die Aktionäre dem Vorstand einer Aktiengesellschaft - nicht wie außenstehende Dritte gegenüber.

25 b) Zutreffend ist die zuletzt genannte Auffassung, wie der Senat mit Urteil vom 25. Oktober 2016 (II ZR 230/15, zVb) für die geschäftsführende Gesell-

schafterin einer Publikumsgesellschaft bereits entschieden hat. Die unterschiedliche Interessenlage und die unterschiedlichen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der Aktiengesellschaft einerseits und der GmbH andererseits rechtfertigen die analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG auf die GmbH nicht.

26 aa) § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG fingiert im Interesse der Rechtssicherheit die Vorstandseigenschaft von zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen Vorstandsmitgliedern. Die Einladung unter Mitwirkung eines ausgeschiedenen oder nicht wirksam bestellten, aber im Handelsregister eingetragenen Vorstandsmitglieds soll nicht zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse führen und verhindern, dass Aktionäre die Wirksamkeit der Einladung in Zweifel ziehen, indem sie sich gegen die Bestellung des eingetragenen Vorstandsmitglieds wenden. In einer Aktiengesellschaft sind die Aktionäre in die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern in der Regel nicht eingebunden. Aus diesem Grund besteht ein Interesse der Aktionäre daran, aufgrund der Eintragung im Handelsregister die Berechtigung zur Einberufung überprüfen und so jedenfalls insoweit Rechtssicherheit erlangen zu können, als die Einberufung jedenfalls dann wirksam ist, wenn eingetragene Vorstandsmitglieder daran mitgewirkt haben.

27 Dieser Gesichtspunkt kommt bei der Einberufungsbefugnis des Geschäftsführers einer GmbH nicht zum Tragen. Den Vorgängen um die Bestellung bzw. die Abberufung des Geschäftsführers stehen die Gesellschafter der GmbH näher als die Aktionäre den Vorgängen um die Bestellung und Abberufung eines Vorstands. Der Vorstand der Aktiengesellschaft wird vom Aufsichtsrat ohne unmittelbare Mitwirkung der Aktionäre bestellt und abberufen (§ 84 AktG), während die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers einer GmbH grundsätzlich den Gesellschaftern selbst vorbehalten ist (§ 46 Nr. 5

GmbHG). Die Einladung zu der Gesellschafterversammlung richtet sich - anders als bei einer Aktiengesellschaft, die keine Namensaktien ausgegeben hat - nicht an einen anonymen, sondern an einen namentlich bekannten Gesellschafterkreis und erfolgt schriftlich, nicht durch Bekanntmachung. Insgesamt ähnelt die Stellung der Gesellschafter einer GmbH damit weniger als die anonymer Aktionäre derjenigen außenstehender Dritter. Gegen eine entsprechende Anwendung spricht damit auch, dass § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG eine unwiderlegliche Vermutung aufstellt, die selbst bei positiver Kenntnis der Gesellschafter von der fehlerhaften Eintragung gilt. § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG geht damit über den Ausgleich unsicherer Kenntnis und sogar über die Registerpublizität nach § 15 HGB gegenüber Dritten hinaus, die die Eintragung der Geschäftsführer im Handelsregister vermittelt.

28 bb) Dieser Auffassung steht nicht entgegen, dass der Gesetzgeber in einem Regierungsentwurf von 1973 (§ 79 Abs. 2 Satz 3 RegE 1973, BT-Drucks. 7/253 S. 131) erwogen hat, eine dem § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG entsprechende Regelung zu schaffen. Allein aus dem Umstand, dass eine solche Regelung erwogen wurde, kann weder auf eine Regelungslücke noch auf eine Planwidrigkeit geschlossen werden. Bisher ist die dort entworfene Regelung zudem nicht in geltendes Recht umgesetzt worden. Dies spricht dafür, dass eine solche Regelung nicht für sachgerecht erachtet und ein Unterschied zwischen der GmbH- und dem Aktienrecht beabsichtigt war.

29 cc) Genauso wenig steht, anders als die Revision meint, die Ablehnung der analogen Anwendung des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG in Widerspruch zu der analogen Anwendung des § 241 AktG auf die GmbH. Der allgemeine Verweis in § 241 AktG auf § 121 Abs. 2 bis 4 AktG vermag für sich eine analoge Anwendbarkeit des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG auf die GmbH nicht zu begründen. Ob und inwieweit die analoge Anwendung einer Norm in Betracht kommt, ist für

jede Norm eigenständig zu prüfen. Der Norm des § 241 AktG liegt zudem ein anderer Regelungscharakter zugrunde als der Norm des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG.

30 dd) Soweit die Revision darauf verweist, dass zwischen den Gesellschaftern der Beklagten gleichwohl Uneinigkeit über die Geschäftsführungsverhältnisse herrsche, vermag dieser Aspekt die analoge Anwendung des § 121 Abs. 2 Satz 2 AktG ebenfalls nicht zu begründen. Die bestehende Unsicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Abberufung eines Geschäftsführers ändert zum einen nichts an der Kenntnis der Gesellschafter von dem ergangenen und festgestellten (Abberufungs-) Beschluss, zum anderen handelt es sich um eine Unsicherheit, die jedem Rechtsstreit bis zu dessen Entscheidung innewohnt.

31 4. B. L. war auch nicht als faktischer Geschäftsführer zur Einberufung der Gesellschafterversammlung befugt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen ein faktischer Geschäftsführer zur Einberufung befugt ist (vgl. hierzu Bayer in Lutter/ Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 49 Rn. 2; Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl., § 49 Rn. 5; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 49 Rn. 2; Michalski/Römermann, GmbHG, 2. Aufl., § 49 Rn. 20 ff.; LG Mannheim, NZG 2008, 111, 112). Das Berufungsgesicht hat festgestellt, dass schon nicht davon ausgegangen werden kann, dass B. L. faktischer Geschäftsführer gewesen ist, da es dazu an Vortrag der Beklagten über die Aufgabenwahrnehmung seitens des B. L. fehle, der insbesondere im Hinblick auf die seine Befugnisse beschränkende einstweilige Verfügung erforderlich gewesen wäre. Die insoweit von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

32 5. Der Einberufungsmangel ist, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei erkannt hat, nicht nach den Regeln einer Vollversammlung gemäß § 51 Abs. 3 GmbHG geheilt worden. Der Kläger hat die unzulässige Einberufung durch B. L. gerügt. Damit fehlt es bereits an dem gebotenen Einverständnis mit der Abhaltung der Gesellschafterversammlung und mit der Beschlussfassung als solcher (vgl. hierzu nur BGH, Beschluss vom 19. Januar 2009 - II ZR 98/08, ZIP 2009, 562 Rn. 2 mwN).

Strohn

Caliebe

Wöstmann

Drescher

Sunder

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 09.12.2014 - 90 O 97/14 -

OLG Köln, Entscheidung vom 15.10.2015 - 18 U 4/15 -