

Aufsätze

Dr. Rolf Leinekugel

Einstweiliger Rechtsschutz im GmbH-Recht

GMBHR0061303

Der Verfasser hat auf dem 18. Deutschen Handels- und Gesellschaftsrechtstag zu einstweiligen Verfügungsverfahren im GmbH-Recht referiert und deren rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen sowie die aktuellen Rechtsprechungsentwicklungen behandelt. Schwerpunktmäßig geht es im vorliegenden Beitrag um vorbeugende Maßnahmen gegen bevorstehende Beschlussfassungen/Veränderungen sowie um die Vollzugsverhinderung streitiger Beschlussfassungen. Dabei stehen praxisrelevante Fragen anlässlich der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste, wie der Verfügungsgrund und der richtige Antragsgegner, im Vordergrund.

I. Einführung: Der Zeitfaktor im Gesellschafterkonflikt

¹ Einstweiliger Rechtsschutz ermöglicht vorläufige Regelungen. Aber: „Nichts hält länger als ein Provisorium“, auch im Gesellschaftsrecht. Wem es gelingt, in Gesellschafterkonflikten nach streitigen Beschlüssen per einstweiliger Verfügung zumindest einmal vorläufig die eigene Position durchzusetzen, erreicht damit häufig mehr als die Wahrung des Status quo. Er stellt dann vielfach auch dauerhaft die Weichen für die Zukunft. So wird etwa ein Gesellschafter-Geschäftsführer, dem vorläufig die Ausübung seiner Tätigkeit untersagt wird, im Unternehmen faktisch kaum noch wieder Fuß fassen. Und wer erst einmal aus der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste entfernt ist, hat schon fast verloren. Selbst wenn es ihm nach mehreren Instanzen gelingen sollte, die Unwirksamkeit des Einziehungsbeschlusses o.Ä. zu erstreiten, wird seine Gesellschaft Jahre später nicht mehr dieselbe sein. Gerade weil sich auf der faktischen Ebene die Geschicke einer Gesellschaft und ihrer Gesellschafter unmittelbar nach streitigen Gesellschafterbeschlüssen entscheiden, hat der einstweilige Rechtsschutz im Gesellschafterstreit eine kaum zu überschätzende Bedeutung.

Es gibt ein immenses Bedürfnis nach kurzfristigen Regelungen, da Fehlentwicklungen ansonsten kaum korrigiert werden können.¹ Allerdings droht durch einstweilige Verfügungen auch ein erheblicher Eingriff in das gesellschaftsrechtliche Gefüge und die Rechtsstellung der übrigen Gesellschafter. Diese müssen bei Erlass einer einstweiligen Verfügung eine Entscheidung in der Hauptsache abwarten, die vielfach erst nach mehreren Jahren ergeht, bevor sie einen mehrheitlich gefassten Beschluss umsetzen können.²

Überhaupt ist der Faktor Zeit in einem Gesellschafterkonflikt ² vielfach von entscheidender Bedeutung. Es gibt unzählige Konstellationen, in denen es für die Verhandlungsposition eines Gesellschafters wichtig ist, zumindest noch für eine gewisse Zeit Geschäftsführer zu bleiben bzw. umgekehrt den Mitgesellschafter vor einem bestimmten Zeitpunkt oder Ereignis aus der Geschäftsführung oder gar der Gesellschafterstellung zu verdrängen.

Der Zeitfaktor ist bei einstweiligem Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht auch noch unter einem ganz anderen Gesichtspunkt relevant: Die beratenden Rechtsanwälte müssen innerhalb kürzester Zeit viel leisten. Die zur Verfügung stehenden Reaktionszeiten sind regelmäßig sehr knapp und nicht verlängerbar. Die gesetzliche Ladungsfrist zu einer Gesellschafterver-

¹ Werner, NZG 2006, 761. Zu einstweiligem Rechtsschutz um Abberufungen Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in Scholz, 13. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 72 ff.; zu Beschlussstreitigkeiten K. Schmidt/Bochmann in Scholz, 13. Aufl. 2023, § 45 GmbHG Rz. 183; zur Durchsetzung von Stimpfpflichten K. Schmidt in Scholz, 13. Aufl. 2023, § 47 GmbHG Rz. 59.

² Otte, NJW 2023, 1089.

sammlung beträgt eine Woche (§ 51 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Oft sehen Gesellschaftsverträge zwar längere Ladungsfristen vor; diese sind jedoch selten länger als zwei Wochen. Wer per einstweiliger Verfügung die Nichtdurchführung einer Gesellschafterversammlung erreichen oder auf das Abstimmungsverhalten seiner Mitgesellschafter Einfluss nehmen will, hat also regelmäßig maximal zwei Wochen Zeit, um einen entsprechenden Antragschriftsatz zu verfassen, die Glaubhaftmachungsmittel zu beschaffen, das Gericht zum Erlass der einstweiligen Verfügung zu bringen – was meist nicht ohne mündliche Verhandlung geschehen wird – und die einstweilige Verfügung zuzustellen. Immerhin: Je nachdem, welche Beschlussfähigkeitsregelungen der Gesellschaftsvertrag enthält, kann sich der Antragsteller ggf. noch zusätzliche Zeit dadurch verschaffen, dass er durch Nichterscheinen zu der Gesellschafterversammlung deren Beschlussunfähigkeit herbeiführt und den Antragsgegner so zwingt, unter nochmaliger Einhaltung der gesellschaftsvertraglichen Ladungsfrist zu einer Folgeversammlung zu laden. Unabhängig davon werden Verfügungsverfahren häufig auch zu einem gänzlich unglücklichen Zeitpunkt nötig, nämlich wenn der Anwalt anderweitig stark eingebunden ist.

- 4 Bei sich möglicherweise zuspitzenden Gesellschafterkonflikten tut man daher als beratender Anwalt gut daran, mit der Gegenseite nicht über die eigenen Urlaubspläne zu sprechen oder aber zumindest das Mandat zu zweit zu bearbeiten. Aber auch, wer Zwangsmaßnahmen gegen einen Mitgesellschafter einleitet, sollte diese nach Möglichkeit so terminieren, dass er zeitliche Ressourcen für ein einstweiliges Verfügungsverfahren hat.
- 5 Konkret bedeutet das etwa: Wer den Ausschluss oder die Abberufung eines Mitgesellschafters plant, muss damit rechnen, dass dieser sich schon im Vorfeld der anstehenden Gesellschafterversammlung, jedenfalls aber unmittelbar danach mittels einstweiliger Verfügung zur Wehr setzen wird. Als „Angreifer“ ist es daher nicht damit getan, in der Ladung zur Gesellschafterversammlung nur bestimmte Tagesordnungspunkte anzukündigen. Schon mit der Ladung sollte vielmehr auch eine Schutzschrift hinterlegt werden, die insbesondere auch eine belastbare Glaubhaftmachung des relevanten Sachverhalts enthält.
- 6 Selbst wenn ein Rechtsanwalt sich nach Kräften einsetzt, um eine einstweilige Verfügung zu erlangen, ist das keine Garantie, dass der gebotene Eilrechtsschutz tatsächlich erreicht werden kann. In einstweiligen Verfügungsverfahren ist der Antragsteller ganz besonders darauf angewiesen, dass auch das Gericht schnell arbeitet. Es ist daher regelmäßig sinnvoll, kurz nach Antragstellung Kontakt mit dem Vorsitzenden aufzunehmen und deutlich zu machen, dass bzw. warum eine einstweilige Verfügung bis zu einem bestimmten Termin dringend erforderlich ist.
- 7 Dass LGs einstweilige Verfügungsverfahren angemessen priorisieren, ist leider keine Selbstverständlichkeit mehr. Antragsteller erleben insofern sowohl im Positiven als auch im Negativen gelegentlich Überraschungen: In einem von einem Partner des Autors geführten einstweiligen Verfügungsverfahren, bei dem ein Vorstandsmitglied seine AG auf Zugang zu ihm vorenthaltenen Informationen und Unterlagen in Anspruch genommen hat, die zur Beurteilung einer möglichen Insolvenzantragspflicht zwingend notwendig waren, hat jüngst eines der größten deutschen LGs mehr als eine Woche gebraucht, um den Verfügungsantrag der Antragsgegnerin zwecks Gewährung rechtlichen Gehörs überhaupt zuzustellen und über einen wei-

teren Monat, um ihm dann im Beschlusswege stattzugeben, nachdem die Gesellschaft nicht reagiert hatte. So etwas führt einstweiligen Rechtsschutz *ad absurdum*.

Auf der anderen Seite hat der Autor aber auch schon erlebt,⁸ dass Vorsitzende, nachdem sie erst einmal die Eilbedürftigkeit der Angelegenheit erkannt und innerhalb der knappen zur Verfügung stehenden Zeit einen Beschluss abgesetzt haben, in überobligatorischer Weise daran mitwirken, dass ihre Arbeit nicht umsonst war und der Beschluss noch rechtzeitig zugestellt werden kann.

II. Praxisrelevante Konstellationen

Der im GmbH-Recht wohl am häufigsten auftretende Fall, bei dem einstweilige Verfügungen beantragt werden, ist die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund – ggf. auch verbunden mit seiner zwangsweisen Entfernung aus der Gesellschaft durch Ausschluss bzw. Einziehung. Bei eskalierten Gesellschafterkonflikten streiten die Gesellschafter regelmäßig auch um die Geschäftsführerposition, also um das operative Machtzentrum. Die verschärfte Form eines solchen Konfliktes sind Konstellationen, in denen der Abberufene gleichzeitig auch noch Schutz gegen seinen „Hinauswurf“ als Gesellschafter begehrt bzw. sich zumindest die Position eines Listengesellschafters erhalten will. Die Mehrzahl der in den letzten Monaten veröffentlichten oberlandesgerichtlichen Entscheidungen in einstweiligen gesellschaftsrechtlichen Verfügungsverfahren betrafen tatsächlich die Gesellschafterliste.

Sowohl für die Abberufung eines Geschäftsführers als auch für die Einziehung von Geschäftsanteilen ist ein Gesellschafterbeschluss¹⁰ nötig. Wer im Gesellschaftsrecht einstweiligen Rechtsschutz begehrt, fragt sich daher regelmäßig, ob er auf die Willensbildung der Gesellschafterversammlung Einfluss nehmen kann bzw. ob er zumindest den Vollzug gefasster Beschlüsse verhindern kann. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob ggf. sogar die Rückgängigmachung bereits vollzogener Beschlüsse erreicht werden kann.

Auch wenn Beschlussituationen den häufigsten Anwendungsfall für einstweilige Verfügungen im Gesellschaftsrecht bilden, ist der Anwendungsbereich des einstweiligen Rechtsschutzes naturgemäß nicht hierauf beschränkt. Ein weiteres wichtiges Anwendungsfeld sind Konflikte zwischen Organen. Hierzu zählt etwa die Abwehr unzulässiger Eingriffe in das eigene Ressort durch einen Mitgeschäftsführer. Aber auch die Verhinderung von bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen, die das Organ nicht oder nicht ohne vorherigen Genehmigungsbeschluss vornehmen darf. Insbesondere die Einhaltung satzungsmäßiger Zustimmungskataloge kann per einstweiliger Verfügung sichergestellt werden. Auch die Einhaltung des Gesellschaftsvertrages kann per einstweiligem Rechtsschutz durchgesetzt werden, da der Anspruch auf Unterlassung gesellschaftsvertragswidriger Handlungen ein Individualanspruch jedes einzelnen Gesellschafters ist, so dass dieser einen anderen vertragswidrig handelnden Mitgesellschafter auf Einhaltung des Gesellschaftsvertrages in Anspruch nehmen kann.³ Ins-

³ BGH v. 8.2.1962 – II ZR 205/60, NJW 1962, 859 (Gbr); OLG Hamm v. 19.6.2023 – 8 U 177/22, BeckRS 2023, 16812 Rz. 25 (GmbH & Co. KG); *Wertenbruch* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, § 105 HGB Rz. 229.

besondere bei Nichtbeachtung von Vinkulierungsklauseln,⁴ bei Wettbewerbsverstößen oder bei der Herausnahme von Geschäftschancen aus einer gemeinsamen Gesellschaft hat jeder Mitgesellschafter einen Unterlassungsanspruch.⁵ Ebenso kann durch einstweilige Verfügung einer Eintragung in der Gesellschafterliste gem. § 16 Abs. 3 Satz 4 GmbHG ein Widerspruch zugeordnet werden. Ein Gesellschafter kann der Geschäftsführung ferner die Einleitung bzw. Durchführung eines StaRUG-Restrukturierungsverfahrens im Wege einstweiliger Verfügung untersagen lassen, wenn der dafür notwendige Gesellschafterbeschluss fehlt.⁶

III. Reaktionsmöglichkeiten bei bevorstehenden Beschlüssen

- 12 Die Frage, ob ein Gesellschafterbeschluss schon vor seiner Fassung im Wege einstweiliger Verfügung verhindert werden kann, gehört immer noch zu den umstrittensten Fragen im Gesellschaftsrecht.
- 13 Teilweise wird diese Möglichkeit mittels Maßnahmen des vorbeugenden einstweiligen Rechtsschutzes vollständig verneint, da hierin ein unzulässiger Eingriff in die bei der Beschlussfassung geltende Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter liege.⁷ Die mittlerweile h.M.⁸ geht demgegenüber zutreffend davon aus, dass Gesellschafter unter engen Voraussetzungen Maßnahmen des vorbeugenden einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Willensbildung der Gesellschaft beantragen können. Voraussetzung hierfür ist eine eindeutige Rechtslage oder ein überragendes Schutzbedürfnis des Antragstellers und die Beachtung des Gebotes des geringstmöglichen Eingriffs.⁹ Hauptanwendungsfälle sind Stimmverbote, Stimmbindungsvereinbarungen oder die gesellschaftlicherliche Treupflicht. Ein überragendes Schutzbedürfnis erfordert dabei eine besonders schwere Beeinträchtigung der Belange des Betroffenen. Einstweiliger Rechtsschutz gegen eine Beschlussfassung scheidet aus diesem Grund regelmäßig aus, wenn die Möglichkeit der Beschlussanfechtung selbst hinreichend Schutz gewährt oder wenn es ausreicht, die Umsetzung des streitigen Beschlusses zu untersagen.
- 14 Eine Untersagung der Durchführung der Gesellschafterversammlung als solcher kommt wegen der Schwere eines solchen Eingriffs in die Autonomie der Gesellschaft nur ausnahmsweise in Betracht, wenn von vorneherein klar ist, dass nur nichtige Beschlüsse getroffen werden können und trotz der hiergegen bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten irreparable Schäden eintreten können.¹⁰ Das ist z.B. der Fall, wenn die Einberufung durch eine hierzu eindeutig unbefugte Person erfolgte oder wenn teilnahmeberechtigte Gesellschafter überhaupt nicht geladen wurden (vgl. §§ 241 Nr. 1, 121 Abs. 2 AktG).
- 15 Deutlich häufiger sind Verfügungsverfahren zur Vollzugsverhinderung.¹¹ Der Antrag auf Untersagung einer Beschlussausführung kann richtigerweise schon vor der Gesellschafterversammlung gestellt werden. Im Antrag ist dann aber auch glaubhaft zu machen, dass unmittelbar im Anschluss an die Beschlussfassung eine Rechtsverletzung des Antragstellers droht.¹²

IV. Materiellrechtliche Hintergründe typischer Konfliktfälle

- 16 Der einstweilige Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht ist dadurch geprägt, dass sowohl materiellrechtliche als auch zivilprozes-

suale Themen eine Rolle spielen, die sich wechselseitig beeinflussen, wobei diese Wechselwirkungen wiederum für die gerichtliche Entscheidung bzw. die Strategien von Antragsteller und Antragsgegner von Bedeutung sind. Zunächst werden daher zumindest überblicksartig die materiellrechtlichen Rahmenbedingungen für eine Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund, für Ausschluss und Einziehung sowie die Bedeutung der Gesellschafterliste für die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten rekapituliert.

1. Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund

Die Möglichkeit, den Geschäftsführer aus wichtigem Grund ab- 17
zuberufen (§ 38 Abs. 2 GmbHG), kann durch die Satzung weder ausgeschlossen noch erschwert werden.¹³ Über die Abberufung aus wichtigem Grund kann die Gesellschafterversammlung stets mit einfacher Mehrheit entscheiden, selbst wenn die Satzung für sämtliche Beschlüsse höhere Mehrheitsanfordernisse vorsieht.¹⁴

Materiell-rechtlich liegt ein wichtiger Grund für die Abberu- 18
fung des Geschäftsführers i.S.v. § 38 Abs. 2 GmbHG vor, wenn die weitere Tätigkeit des Geschäftsführers für die Gesellschaft, insbesondere aufgrund grober Pflichtverletzungen oder aufgrund Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung unzumutbar geworden ist.

4 OLG Hamm v. 19.6.2023 – 8 U 177/22, BeckRS 2023, 16812.

5 OLG Frankfurt v. 30.6.2022 – 5 W 18/22, NZG 2022, 1629, 1632 Rz. 48 = GmbHR 2023, 456 m. Anm. Wagner.

6 LG Berlin v. 31.05.2023 – 100 O 18/23, ZIP 2023, 833. Zur Erforderlichkeit eines Gesellschafterbeschlusses auch Gehrlein BB 2022, 1096, 1097.

7 OLG Celle v. 1.4.1981 – 9 U 195/80, GmbHR 1981, 264, 265; OLG Frankfurt v. 15.12.1981 – 5 W 9/81, GmbHR 1982, 237; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 38 GmbHG Rz. 74.

8 OLG München v. 20.7.1998 – 23 W 1455/98, NZG 1999, 407 = GmbHR 1999, 718; Altmeyden, 11. Aufl. 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 128; Beyer, GmbHR 2001, 467, 469; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 35a; Terlau in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt (MHLS), 4. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 79 m.w.N.

9 OLG Koblenz v. 25.10.1990 – 6 U 238/90, NJW 1991, 1119 = GmbHR 1991, 21; OLG Frankfurt v. 1.4.1981 – 9 U 1951/80, GmbHR 1982, 237; OLG Düsseldorf v. 18.5.2005 – 15 U 202/04, NZG 2005, 633, 634; Beyer, GmbHR 2001, 467, 469. Vgl. auch Englisch in Hölters/Weber, 4. Aufl. 2022, § 243 AktG Rz. 105.

10 Beyer, GmbHR 2001, 467, 470; Altmeyden, 11. Aufl. 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 129; Terlau in MHLS, 4. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 79; Werner NZG 2006, 761, 763. Abweichend OLG Jena v. 4.12.2001 – 8 U 751/01, NZG 2002, 89.

11 Hierzu zuletzt etwa Lotz, NZG 2023, 498.

12 Otte, NJW 2023, 1089, 1091.

13 BGH v. 20.12.1982 – II ZR 110/82, BGHZ 86, 177, 179 = GmbHR 1983, 149; Beurskens in Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, § 38 GmbHG Rz. 5; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 7; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 38 GmbHG Rz. 39.

14 BGH v. 20.12.1982 – II ZR 110/82, BGHZ 86, 177, 179 = GmbHR 1983, 149; BGH v. 9.11.1987 – II ZR 100/87, BGHZ 102, 172, 179 = ZIP 1988, 22; KG v. 9.3.2023 – 2 U 56/19 Rz. 11, ZIP 2023, 879 = GmbHR 2023, 552 m. Anm. Knaier; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 38 GmbHG Rz. 39; ausführlich Leinekugel, Die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers, GmbHR 2023, 1123, 1127 Rz. 19.

- 19 Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer nicht stimmberechtigt.¹⁵ Sein Stimmverbot ist in dem allgemeinen Prinzip begründet, dass niemand Maßnahmen durch seine Stimme verhindern darf, die sich aus wichtigem Grund gegen ihn richten.¹⁶ Trotz des Stimmverbots hat der Betroffene Anwesenheits- und Rederecht auf der Gesellschafterversammlung sowie Anspruch auf Aussprache zu dem Abberufungsgrund.
- 20 Die Stimmen des Betroffenen sind bei der Ermittlung des Beschlussergebnisses allerdings nur dann außen vor zu lassen, wenn der behauptete wichtige Grund tatsächlich vorliegt. Für ein Stimmverbot genügt die bloß substantiierte Behauptung eines wichtigen Grundes also nicht. Stimmt der Betroffene mit, obwohl in Wahrheit ein wichtiger Grund vorliegt, muss also im Grundsatz der die Abberufung betreibende Gesellschafter mittels positiver Beschlussfeststellungsklage gerichtlich klären lassen, dass ein Stimmverbot vorlag und der Abberufungsbeschluss trotz unzulässiger Teilnahme des Betroffenen an der Beschlussfassung wirksam zustande gekommen ist.
- 21 In der Praxis gibt es deshalb eine klare Tendenz der Betroffenen, auch wenn in ihrer Person ein wichtiger Grund vorliegt, die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Stimmverbot zu ignorieren und gegen die eigene Abberufung zu stimmen, weil das im Regelfall unklare Abstimmungsergebnisse schafft.¹⁷ Denn ob tatsächlich ein wichtiger Grund vorliegt, steht dann erst Jahre später mit Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung fest.
- 22 Ob der substantiiert behauptete wichtige Grund tatsächlich vorliegt, entscheidet auf der streitigen Gesellschafterversammlung ein etwaiger Versammlungsleiter.
- 23 Liegt tatsächlich ein wichtiger Grund vor, so haben die übrigen Gesellschafter nach der Rechtsprechung eine positive Stimmpflicht, der Abberufung zuzustimmen oder die Abberufung zumindest nicht mit ihren Stimmen zu verhindern.¹⁸ Die Stimme des gegen diese Stimmpflicht verstoßenden Gesellschafters ist dann bei der Feststellung des Beschlussergebnisses nicht mitzuzählen; ein mit seiner Stimme gefasstes ablehnendes Beschlussergebnis ist anfechtbar.¹⁹
- 24 Eindeutig ist, dass der Abberufungsbeschluss dem Geschäftsführer von dem Abberufungsorgan Gesellschafterversammlung mitgeteilt werden muss, um wirksam zu werden. Ob der mitgeteilte Abberufungsbeschluss dann sofort wirksam wird oder ob der abberufene Gesellschafter-Geschäftsführer vorläufig weiter amtieren kann, ist unklar. Das nicht nur deshalb, weil Sachverhaltsunsicherheiten bestehen. Auch in rechtlicher Hinsicht gibt es in Rechtsprechung und Kommentarliteratur ein breites Meinungsspektrum: Hierbei wird zwischen mitbestimmter und nicht-mitbestimmter Gesellschaft, zwischen Sonderrechtsinhabern und Nicht-Sonderrechtsinhabern sowie zwischen Zwei-Personen-Gesellschaften und mehrgliedrigen Gesellschaften unterschieden und für nahezu jede Position finden sich einschlägige Nachweise. Die Frage des Zeitpunkts des Wirksamwerdens des Abberufungsbeschlusses ist wiederum für das einstweilige Verfügungsverfahren von großer Bedeutung. Wenn der Abberufungsbeschluss zu seinem Wirksamwerden z.B. noch einer gerichtlichen Bestätigung bedarf, hat das Einfluss auf die Frage, ob der notwendige Verfügungsgrund vorliegt.²⁰

Ein häufig anzutreffendes Phänomen ist die wechselseitige Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern aus wichtigem Grund. In der Praxis ist zu beobachten, dass der von einer Abberufung bedrohte Gesellschafter auf die Ankündigung seiner Abberufung zur Tagesordnung vielfach damit reagiert, dass er – völlig unabhängig davon, ob in der Person seines Kontrahenten überhaupt wichtige Gründe vorliegen – seinerseits über dessen Abberufung als Geschäftsführer aus wichtigem Grund Beschluss fassen lässt. Bei einer derartigen „Vorwärtsverteidigung“ wird regelmäßig in Kauf genommen, dass das eigene Angriffsmittel letztlich erfolglos bleibt. Der Vorteil aus Sicht des Angegriffenen liegt in der unübersichtlichen Situation, die wechselseitige Zwangsmaßnahmen schaffen. Je unübersichtlicher die Sach- und Rechtslage ist, desto eher tendieren Gerichte zur Aufrechterhaltung des Status quo. Die Gegenabberufung bzw. die Gegeneinziehung kann dann ggf. bewirken, dass gegen einen eigentlich wirksam Abberufenen zumindest einmal keine einstweilige Verfügung ergeht, die ihm die weitere Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit untersagt.

2. Ausschließung und Einziehung

Die meisten GmbH-Satzungen sehen vor, dass der Geschäftsanteil eines Gesellschafters aus wichtigem Grund zwangseingezogen werden kann. Auch bei einer Zwangseinziehung ist der betroffene Gesellschafter unter dem Aspekt des Verbots des Richtens in eigener Sache vom Stimmrecht ausgeschlossen.²¹ Die Einziehung ist stets *ultima ratio* und darf unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Treupflicht nur erfolgen, wenn sich kein milderes Mittel zur Lösung des Problems bietet. Auch ein Einziehungsbeschluss der Gesellschafterversammlung bedarf zu seiner Wirksamkeit der Umsetzung und erfordert eine entsprechende Mitteilung an den betroffenen Gesellschafter.

Der Zwangsausschluss gehört zu den ungeschriebenen Grundprinzipien des Gesellschaftsrechts. Auch bei einer Ausschließung hat der Betroffene wiederum kein Stimmrecht.²² Trotz Stimmverbots ist er jedoch teilnahmeberechtigt an der Gesell-

15 BGH v. 16.3.1961 – II ZR 190/59, BGHZ 34, 367, 371; BGH v. 27.4.2009 – II ZR 167/07, GmbHR 2009, 770, 773; Bayer in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 46 GmbHG Rz. 45.

16 Dazu zuletzt BGH v. 8.8.2023 – II ZR 13/22, GmbHR 2023, 1144 Rz. 16.

17 Entsprechende Empfehlungen etwa bei Lutz, Gesellschafterstreit, 7. Aufl. 2021, Rz. 850.

18 BGH v. 9.11.1987 – II ZR 100/87, BGHZ 102, 172, 176 = ZIP 1988, 22; BGH v. 19.11.1990 – II ZR 88/89, GmbHR 1991, 62; KG v. 9.3.2023 – 2 U 56/19, BeckRS 2023, 6380 Rz. 11 = GmbHR 2023, 552 m. Anm. Knaier; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 18a; Beurskens in Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, § 38 GmbHG Rz. 36.

19 BGH v. 9.11.1987 – II ZR 100/87, BGHZ 102, 172, 176 = ZIP 1988, 22; OLG Stuttgart v. 26.10.2005 – 14 U 50/05, GmbHR 2006, 1258, 1260; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 18a.

20 Ausführlich Leinekugel, GmbHR 2023, 1186.

21 BGH v. 21.6.2010 – II ZR 230/08, GmbHR 2010, 977, 978; Jaeger in Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 19 Rz. 61; Bayer in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 47 GmbHG Rz. 45; Noack in Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, § 47 GmbHG Rz. 88.

22 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 178; Bayer in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 47 GmbHG Rz. 45; K. Schmidt in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 47 GmbHG Rz. 139; Strohn in MünchKomm/GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34 GmbHG Rz. 165.

schafterversammlung und hat Anspruch auf Aussprache über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe. Wird das nicht beachtet, ist der Beschluss entweder nichtig (Nichtladung) oder zumindest anfechtbar (verweigte Aussprache).²³

- 28 Ein den Ausschluss rechtfertigender wichtiger Grund liegt vor, wenn die Person des Gesellschafters oder sein Verhalten sein Verbleiben in der Gesellschaft im Rahmen einer Gesamtwürdigung untragbar erscheinen lassen.²⁴ Im Rahmen dieses Unzumutbarkeitserfordernisses stellen selbst grobe Pflichtverletzungen keinen absoluten Ausschlussgrund dar, machen also eine Interessenabwägung nicht entbehrlich.²⁵ Die §§ 140 Abs. 1 Satz 1, 133 Abs. 1, 2 HGB finden sinngemäß Anwendung. Erforderlich ist also, dass die dem Betroffenen zur Last gelegten Verfehlungen tatsächlich vorliegen und einen wichtigen Grund i.S.d. Vorschrift bilden. Die Ausschließung ist dabei ebenfalls *ultima ratio*, also nur möglich, wenn das damit angestrebte Ziel nicht auf weniger einschneidendem Wege erreicht werden kann.²⁶

3. Von der materiellen Rechtslage entkoppelte Legitimation durch die Gesellschafterliste

- 29 Bei einstweiligen Verfügungsanträgen, die nach einem streitigen Ausschluss oder einer streitigen Einziehung vorläufig den Status quo sichern sollen, spielt die Gesellschafterliste eine entscheidende Rolle: Die materielle Rechtslage mag sein, wie sie will; kurzfristig kommt es für den betroffenen Gesellschafter vor allem darauf an, dass er weiterhin als Gesellschafter im Handelsregister ausgewiesen ist. Die Aufnahme der Gesellschafterliste in das Handelsregister begründet gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG unabhängig von der materiellen Rechtslage für die Gesellschaft eine unwiderlegliche Vermutung bzw. eine gesetzliche Fiktion dahingehend, dass der darin Eingetragene (sog. Listengesellschafter) Inhaber des ihm zugeordneten Geschäftsanteils ist. Demnach muss die Gesellschaft nur den Listengesellschafter hinsichtlich aller mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten als Gesellschafter behandeln. Die Legitimationswirkung durch die Gesellschafterliste ist also von der materiellen Rechtslage entkoppelt.²⁷ Dies betrifft sämtliche Vermögens- und Verwaltungsrechte und insbesondere auch das Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen, das Stimmrecht und die Anfechtungsbefugnis.²⁸ Ein späterer Gesellschafterbeschluss kann also nicht mit der Begründung angegriffen werden, der Listengesellschafter sei nicht materiell berechtigt gewesen und statt seiner habe an der Abstimmung in Wahrheit der nicht mehr als Gesellschafter Ausgewiesene mitwirken müssen.
- 30 Für die Möglichkeit, eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, ist wiederum die Geschäftsführerposition von besonderer Bedeutung. Nach streitigen Beschlussfassungen über eine Abberufung aus wichtigem Grund einen Geschäftsführer im Handelsregister ausgetragen zu bekommen, ist vergleichsweise schwierig, weil das Registergericht – in einem im Einzelnen zwar umstrittenen Umfang – die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit des Abberufungsbeschlusses zu beurteilen hat.²⁹ Betreffend der Gesellschafterliste ist das Registergericht hingegen unstreitig nur verwahrende Stelle.³⁰ Daher prüft das Registergericht bei der Einreichung einer neuen Liste auch nur die Einhaltung der Anforderungen von § 40 GmbHG in formaler Hinsicht, nicht aber die materielle Richtigkeit der ausgewiesenen Veränderung und insbesondere nicht die Wirk-

samkeit des Ausschließungs- bzw. Einziehungsbeschlusses.³¹ Um das auszunutzen wird in der Praxis teilweise versucht, erst die Gesellschafterliste zu ändern, um dann nach der Aufnahme einer neuen Liste im Handelsregister z.B. den Beschluss über die Abberufung des Gegners als Geschäftsführer zu wiederholen und ohne Gegenstimme zu fassen.

Die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste kann durch die 31 Geschäftsführung in vertretungsberechtigter Zahl erfolgen.³² Je nach Lage der Dinge (z.B. Einzelvertretungsberechtigung des Kontrahenten) wird ein Geschäftsführer, dessen Abberufung streitig ist, hierfür also nicht zwingend benötigt. Die Einreichungspflicht ist dabei eine höchstpersönliche Pflicht jedes einzelnen Geschäftsführers und ihre Verletzung verpflichtet nach § 40 Abs. 3 GmbHG den Geschäftsführer persönlich (nicht die Gesellschaft) zum Schadensersatz.³³

4. Beschlussfeststellungen als Weichenstellung für die Antragslast

Von enormer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Be- 32 schlussfeststellung durch einen Versammlungsleiter. Eine Beschlussfeststellung durch einen mit Beschlussfeststellungskompetenz ausgestatteten Versammlungsleiter verschafft einem Gesellschafterbeschluss vorläufige Verbindlichkeit. Es steht dann bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache vorläufig fest, ob ein Beschluss als wirksam oder als unwirksam zu behandeln ist. Gerade auch anfechtbare Beschlüsse sind im Fall einer verbindlichen Beschlussfeststellung zumindest so lange wirksam, wie sie nicht auf eine kassatorische Klage hin für nichtig erklärt sind.³⁴ Da ein Versammlungsleiter mit der Befugnis zur Beschlussfeststellung nach inzwischen ganz überwie-

23 Strohn in MünchKomm/GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34 GmbHG Rz. 166; Leinekugel in BeckOK/GmbHG, 56. Edition, 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 68.2.

24 BGH v. 13.2.1995 – II ZR 225/93, GmbHR 1995, 296, 298; BGH v. 20.9.1999 – II ZR 345/97, NJW 1999, 3779, 3780 = GmbHR 1999, 1194 m. Anm. Bärwaldt; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 34 GmbHG Rz. 111.

25 OLG Stuttgart v. 19.12.2012 – 14 U 11/12 Rz. 88, BeckRS 2013, 4339; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 34 GmbHG Rz. 112.

26 OLG Stuttgart v. 13.5.2013 – 14 U 12/13 Rz. 71 ff., NZG 2013, 1146 = GmbHR 2013, 803; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 34 GmbHG Rz. 112; Strohn in MünchKomm/GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 34 GmbHG Rz. 148; Sosnitza in MHLS, 4. Aufl. 2023, § 34 GmbHG Rz. 18.

27 Fischer, GmbHR 2018, 1257, 1258.

28 BGH v. 13.10.2008 – II ZR 112/07, GmbHR 2009, 39, 40 Rz. 11; OLG Naumburg v. 1.9.2016 – 2 U 95/15, GmbHR 2017, 86, 88; Leinekugel in BeckOK/GmbHG, 56. Edition, 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 144.

29 Zur umstrittenen Frage, ob ein materielles Prüfungsrecht besteht KG v. 3.6.2016 – 22 W 20/16, GmbHR 2016, 927 einerseits OLG Frankfurt v. 6.11.2008 – 20 W 385/08, DB 2009, 611, 612 = GmbHR 2009, 378 andererseits.

30 BGH v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, NZG 2011, 1268 Rz. 10 = GmbHR 2011, 1269. Näher Könen/Dietlein/Schubert, NZG 2021, 771, 774 ff.

31 Servatius in Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022 § 40 GmbHG Rz. 75; Seibt in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 40 GmbHG Rz. 107 ff.

32 OLG Jena v. 5.7.2011 – 6 W 82/11, GmbHR 2011, 980, 981; Servatius in Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, § 40 GmbHG Rz. 16.

33 Näher Servatius in Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, § 40 GmbHG Rz. 42 ff.; Bayer in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 40 GmbHG Rz. 107.

34 OLG Stuttgart v. 14.1.2013 – 14 W 17/12, GmbHR 2013, 535, 539; Leinekugel in BeckOK/GmbHG, 56. Edition, 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 131.

gender Auffassung, der insbesondere auch die neuere Rechtsprechung folgt, mit einfacher Mehrheit soll bestellt werden können,³⁵ erfolgt in der Praxis regelmäßig eine Beschlussfeststellung in dem vom Mehrheitsgesellschafter gewünschten Sinn. Wobei durchaus eine Tendenz der Versammlungsleiter zu erkennen ist, Beschlüsse bis an die Grenze des Vertretbaren und teilweise auch darüber hinaus im Interesse der eigenen Position festzustellen.

V. Glaubhaftmachung von Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund

- 33 Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung sind gem. §§ 935, 940 ZPO die Glaubhaftmachung eines Verfügungsanspruchs sowie eines Verfügungsgrundes³⁶ bzw. einer dringenden Regelungsnotwendigkeit. Dabei entspricht der Verfügungsanspruch dem materiellen Anspruch bzw. Recht, der bzw. das bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens gesichert werden soll,³⁷ während der Verfügungsgrund – bzw. die Regelungsnotwendigkeit – die für die Rechtsverwirklichung und Rechtsdurchsetzung drohende Gefahr ist,³⁸ gleich ob mit der Verfügung eine Sicherung (§ 935 ZPO), eine vorläufige Regelung (§ 940 ZPO) oder eine vorläufige Leistung begehrt wird.³⁹

1. Verfügungsanspruch

- 34 Der Verfügungsanspruch ist das zu sichernde Rechtsverhältnis. Er ergibt sich regelmäßig aus der gesellschaftlichen Treupflicht und den hieraus resultierenden Handlungs- und Unterlassungspflichten im Zusammenhang mit der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Beschlusses bzw. der Geltung eines Stimmverbots.⁴⁰ Für den Verfügungsanspruch gelten insoweit – rein rechtlich betrachtet – gegenüber dem Hauptsacheverfahren keine Besonderheiten. Rein tatsächlich sind die Sachverhaltsunsicherheiten gegenüber dem Hauptsacheverfahren allerdings regelmäßig noch größer, weil der Verfügungsanspruch angesichts der zeitlichen Rahmenbedingungen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens nur summarisch geprüft werden kann.

2. Verfügungsgrund

- 35 Die zumeist höhere Hürde, um zu einer einstweiligen Regelung durch die Gerichte zu kommen, ist regelmäßig der Verfügungsgrund. Es muss „brennen“, was insbesondere der Fall ist, wenn das Risiko eines endgültigen Rechtsverlusts besteht. Im Rahmen der Prüfung des Verfügungsgrundes ist eine Interessenabwägung vorzunehmen und sind die Betroffenheit der Parteien bei Erlass oder Versagung der beantragten Maßnahme gegeneinander zu gewichten.
- 36 Aus dem Bestehen eines Verfügungsanspruchs folgt dabei nicht automatisch auch das Vorliegen eines Verfügungsgrundes. Eine Dringlichkeitsvermutung, wie sie § 12 Abs. 1 UWG im Wettbewerbsrecht vorsieht, gibt es in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten gerade nicht. Die Eilbedürftigkeit ist auch nicht schon aufgrund bloß abstrakter Erwägungen gegeben. Sie muss konkret im Einzelfall begründet werden. Werden Nichtigkeitsgründe glaubhaft gemacht, ist dies bei der Interessenabwägung stärker zu gewichten, als wenn nur Anfechtungsgründe im Raum stehen.⁴¹ Teilweise wird in der Rechtspre-

chung auch betont, dass Organfragen möglichst nicht vorläufig geregelt werden sollten.⁴² Ein Verfügungsgrund sei daher in Abberufungskonstellationen nur gegeben, wenn dem Geschäftsführer ohne die beantragte einstweilige Regelung eine konkrete, schwerwiegende Beeinträchtigung seiner rechtlichen Interessen drohe.⁴³ Es soll etwa zu berücksichtigen sein, ob der Betroffene durch die Abberufung und die damit regelmäßig einhergehende gekoppelte Beendigung seines Geschäftsführer-anstellungsvertrages einnahmeloos wird.⁴⁴

Es empfiehlt sich also, besondere Sorgfalt auf die Folgenabwägung zu verwenden und die konkrete Situation, die bei einer zu Unrecht nicht erlassenen einstweiligen Verfügung entstehen würde, derjenigen gegenüberzustellen, die entstände, falls die beantragte Regelung zu Unrecht erginge.

Im Fall der bloßen Anfechtbarkeit eines Beschlusses ist im Rahmen des Verfügungsgrundes auch glaubhaft zu machen, dass die Klageerhebung innerhalb der Anfechtungsfrist erfolgt ist oder erfolgen wird.⁴⁵ Denn eine nach Fristablauf erhobene Anfechtungsklage wäre unbegründet und der vom Versammlungsleiter festgestellte Beschluss wäre endgültig verbindlich geworden.⁴⁶ Der eine einstweilige Verfügung beantragende Gesellschafter muss daher zusätzlich zu seinem Verfügungsantrag – vorbehaltlich abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelungen innerhalb der Monatsfrist des § 246 AktG – auch noch eine Anfechtungsklage erheben.⁴⁷

35 OLG Köln v. 21.7.2022 – 18 U 139/21, NZG 2022, 1446, 1448 = ZIP 2022, 1919; OLG Brandenburg v. 5.1.2017 – 6 U 21/14, BeckRS 2017, 121373 Rz. 55 = GmbHR 2017, 408; Scholz/K. Schmidt/Bochmann in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 45 GmbHG Rz. 49c; Wertenbruch, GmbHR 2020, 875, 877; Drescher in MünchKomm/GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 47 GmbHG Rz. 57; Hüffer/Schäfer in Habersack/Casper/Löbbe (HCL), 3. Aufl. 2020, § 47 GmbHG Rz. 29; a.A. OLG Frankfurt v. 4.12.1998 – 5 W 33/98, NZG 1999, 406 = GmbHR 1999, 551; OLG Frankfurt v. 6.11.2008 – 20 W 385/08, GmbHR 2009, 378, 379; OLG Hamm v. 27.11.2019 – 8 U 69/19, BeckRS 2019, 44027 Rz. 33; Noack, GmbHR 2017, 792, 796.

36 Vollkommer in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 935 ZPO Rz. 1.

37 Huber in Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, § 935 ZPO Rz. 12; Vollkommer in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 935 ZPO Rz. 6.

38 Drescher in MünchKomm/ZPO, 6. Aufl. 2020, § 935 ZPO Rz. 15; Vollkommer in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 935 ZPO Rz. 10.

39 OLG Frankfurt v. 30.6.2022 – 5 W 18/22, NZG 2022, 1629, 1630 Rz. 33 = GmbHR 2023, 456 m. Anm. Wagner.

40 Werner, NZG 2006, 761, 762.

41 OLG Düsseldorf v. 11.11.2008 – 6 W 62/08, BeckRS 2009, 8571; Altmep-pen, 11. Aufl. 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 126; Lotz, NZG 2023, 498, 499; Raiser/Schäfer in HCL, 3. Aufl. 2020, Anh. § 47 GmbHG Rz. 266.

42 OLG Hamm v. 18.9.2019 – 8 U 35/19, BeckRS 2019, 25244 Rz. 61.

43 OLG München v. 22.10.2009 – 23 U 3430/09, BeckRS 2009, 28888; OLG Hamm v. 18.9.2019 – 8 U 35/19, BeckRS 2019, 25244 Rz. 61.

44 Lotz, NZG 2023, 498, 499 unter Verweis auf LG Magdeburg v. 14.7.2020 – 31 O 42/20, BeckRS 2020, 45405 Rz. 17.

45 Vgl. OLG Hamm v. 18.9.2019 – 8 U 35/19, BeckRS 2019, 25244 Rz. 7; Lotz, NZG 2023, 498, 500.

46 Leinekugel in BeckOK/GmbHG, 56. Edition, 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 165.

47 Zum Anfechtungsklageerfordernis BGH v. 3.5.1999 – II ZR 119/98, NJW 1999, 2115 = GmbHR 1999, 714; Leinekugel in BeckOK/GmbHG, 56. Edition, 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 136.

a) Selbstwiderlegung der Dringlichkeit durch Abwarten

- 39 In einem vor Kurzem vom OLG Frankfurt gefassten Beschluss⁴⁸ ging es um den nachträglichen Entfall des Verfügungsgrundes. Der Antragsteller hatte nach dem Einziehungsbeschluss mit einem einstweiligen Verfügungsantrag fünf Monate abgewartet. Das OLG Frankfurt ist zu Recht davon ausgegangen, dass ein Fall sog. Selbstwiderlegung der Dringlichkeit⁴⁹ vorlag. Das eigene Verhalten des Antragstellers stand der Annahme von Dringlichkeit entgegen.
- 40 Eine zu späte Antragstellung ist dann schädlich, wenn dem Gesellschafter die Gefährdung seiner Rechtsstellung bekannt ist oder aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Einfache Erkennbarkeit reicht insofern allerdings nicht aus.⁵⁰ Hat der Gesellschafter konkrete Kenntnis von Umständen, die die Möglichkeit einer Verletzung seiner Rechtsstellung nahe legen, so darf er nicht tatenlos abwarten, bis sich die ihm aufdrängende Vermutung mehr oder weniger zufällig zu einem späteren Zeitpunkt bestätigt.⁵¹ Vielmehr muss er die vorhandenen Unsicherheiten beseitigen, sich also zur Unterbindung von Verletzungshandlungen die erforderliche Kenntnis verschaffen. Das korrespondiert in gewisser Weise mit der Rechtsprechung zur Anfechtungsfrist bei Anfechtungsklagen. Der Fristbeginn für die einmonatige Anfechtungsklage ist zwar im Grundsatz die Kenntnis des Gesellschafters von dem Beschluss. Der Gesellschafter hat jedoch eine Erkundigungsfrist, wenn für ihn nicht sicher ist, wann und mit welchem Inhalt ein Beschluss gefasst ist.⁵²
- 41 Wie lange ein Gesellschafter abwarten darf, bis er hierdurch die Dringlichkeit seines Antrags selbst widerlegt, ist einzelfallabhängig.⁵³ Ein Zuwarten von mehr als einem Monat ab Kenntnis/grob fahrlässiger Unkenntnis wird häufig schon dringlichkeitsschädlich sein.⁵⁴ Teilweise wird eine absolute Obergrenze schon bei acht Wochen gesehen.⁵⁵ Auch Terminverlegungsanträge und das Beantragen von Schriftsatzfristen können den Verfügungsgrund entfallen lassen.⁵⁶

b) Tatsächliche Gefahrenverwirklichung lässt Dringlichkeit nicht neu entstehen

- 42 Wenn sich dann die schon im Zeitpunkt der Fassung des Gesellschafterbeschlusses bestehende Gefahr in der Folgezeit tatsächlich verwirklicht, ändert dies nichts an der Selbstwiderlegung der Dringlichkeit. Denn dann waren Schäden von vornherein derart naheliegend, dass der Gesellschafter nicht tatenlos hat abwarten dürfen, bis die Gefahr sich tatsächlich verwirklicht und er mehr oder weniger zufällig hiervon erfährt.
- 43 Ist auf diese Weise der Verfügungsgrund einmal entfallen, so entsteht er auch nicht dadurch wieder, dass die Gesellschafter einen Wiederholungs- oder Bestätigungsbeschluss hinsichtlich der streitigen Maßnahme fassen. Denn in diesem Fall verwirklicht sich nur die bereits nach dem Erstbeschluss bestehende Gefahr und wird keine zusätzliche neue Gefahr für die Rechtsstellung des antragstellenden Gesellschafters begründet.⁵⁷

c) Selbstwiderlegung der Dringlichkeit durch Nichtumsetzungsvereinbarung?

Interessant ist dabei die Frage, wie sich vertragliche Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern auswirken, einen streitigen Gesellschafterbeschluss nicht umzusetzen, also z.B. bis zur Entscheidung in der Hauptsache keine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Solche Vereinbarungen sind regelmäßig nicht nach § 134 BGB unwirksam. Zwar gibt es im Fall einer wirksamen Vernichtung von Geschäftsanteilen tatsächlich eine Verpflichtung der Geschäftsführung, eine geänderte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, so dass man auf den Gedanken kommen könnte, dass eine vertragliche Vereinbarung, der gesetzlichen Einreichungspflicht nicht nachzukommen, gesetzeswidrig und damit nichtig sei. Tatsächlich zielt eine solche Vereinbarung aber nicht auf die Nichtbeachtung von gesetzlichen Einreichungspflichten, sondern dient nur dem Umgang mit der Unsicherheit, ob überhaupt eine gesetzliche Einreichungspflicht besteht bzw. ob die Einziehung der Geschäftsanteile überhaupt wirksam ist. Wird in einer solchen Situation ein einstweiliges Verfügungsverfahren durchgeführt, so endet dieses gelegentlich mit einem Vergleich, wonach die Antragsgegner sich verpflichten, bis zur Entscheidung in der Hauptsache keine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Das ist zulässig. Den Gesellschaftern bleibt es auch unbenommen – zur Vermeidung der Kosten eines einstweiligen Verfügungsverfahrens – einen entsprechenden Vergleich außergerichtlich vorwegzunehmen, ohne zuvor ein einstweiliges Verfügungsverfahren durchlaufen zu haben. Wird eine derartige Nichtumsetzungsvereinbarung gekündigt oder nicht eingehalten, so besteht meines Erachtens ein Verfügungsgrund, sofern dieser bei Abschluss der Nichtumsetzungsvereinbarung noch gegeben war.

3. Glaubhaftmachung

Wie Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund glaubhaft gemacht werden können, richtet sich nach § 294 ZPO. Erforderlich und ausreichend ist, das Gericht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eines Sachverhalts zu überzeugen. Dafür sind eidesstattliche Versicherungen von überragender Bedeu-

48 OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.6.2022 – 5 W 18/22, NZG 2022, 1629 = GmbHR 2023, 456 m. Anm. Wagner.

49 Vgl. Mayer in BeckOK/ZPO, Stand: 2022, § 935 Rz. 16; Vollkommer in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 935 ZPO Rz. 12.

50 Vgl. Drescher in MünchKommZPO, 6. Aufl. 2020, § 935 ZPO Rz. 20; OLG Frankfurt v. 30.6.2022 – 5 W 18/22, NZG 2022, 1629, 1631 Rz. 40 = GmbHR 2023, 456 m. Anm. Wagner.

51 OLG München v. 20.12.2001 – U (K) 4429/01, NJOZ 2002, 1450, 1451.

52 OLG Hamm v. 21.12.2015 – 8 U 67/15, BB 2016, 386 = GmbHR 2016, 358 m. Anm. Wachter; OLG Dresden v. 28.5.2020 – 8 U 2611/19, NZG 2020, 867; Leinekugel in BeckOK/GmbHG, 56. Edition, 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 174.

53 OLG Frankfurt v. 30.6.2022 – 5 W 18/22, NZG 2022, 1629, 1631 Rz. 41 = GmbHR 2023, 456 m. Anm. Wagner; Drescher in MünchKommZPO, 6. Aufl. 2020 § 935 ZPO Rz. 19.

54 OLG Nürnberg v. 13.11.2018 – 3 W 2064/18, NJW-RR 2019, 105.

55 OLG Köln v. 22.1.2010 – 6 W 149/09, BeckRS 2010, 5153 für Wettbewerbsverstoß.

56 OLG Hamm v. 2.6.1992 – 4 U 74/92, NJW-RR 1993, 366.

57 OLG Frankfurt v. 30.6.2022 – 5 W 18/22, NZG 2022, 1629, 1631 Rz. 46 für Einziehung = GmbHR 2023, 456 m. Anm. Wagner.

tung. Das gilt auch dann, wenn ein Protokoll der Gesellschafterversammlung existiert, auf der die streitige Beschlussfassung stattgefunden hat. Protokolle von Gesellschafterversammlungen begründen als Privaturkunde gem. § 416 ZPO nur Beweis dafür, dass sie von dem Protokollführer erstellt sind, nicht aber auch, dass die in dem Protokoll geschilderten Vorgänge, Einlassungen und Abstimmungsweisen inhaltlich richtig sind.⁵⁸ Als Mittel der Glaubhaftmachung kommt insbesondere auch eine eidesstattliche Versicherung des Antragstellers höchstselbst in Betracht. Im einstweiligen Verfügungsverfahren kann der Antragsteller also quasi Zeuge in eigener Sache sein.

VI. Zivilprozessuales

1. Zuständiges Gericht

- 46 Für den Erlass einstweiliger Verfügungen ist nach § 937 Abs. 1 ZPO das Gericht der Hauptsache zuständig. Sachlich zuständig sind im GmbH-Recht analog §§ 246 Abs. 3 Satz 1, 249 Abs. 1 AktG die LGs. Die funktionelle Zuständigkeit liegt nach § 95 Abs. 1 Nr. 4 GVG bei den Kammern für Handelssachen. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 246 Abs. 3 Satz 1 AktG nach dem Sitz der Gesellschaft. Etwaige einschlägige Schiedsklauseln stehen einstweiligen Verfügungsverfahren nicht entgegen. Nach § 1033 ZPO ist stets der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten eröffnet. Auch Mediations- oder Schlichtungsklauseln sperren das einstweilige Verfügungsverfahren nicht.

2. Beschlussverfügung, Schutzschriften, mündliche Verhandlung und rechtliches Gehör

- 47 Die Entscheidung kann in dringenden Fällen oder wenn der Antrag zurückzuweisen ist, ohne mündliche Verhandlung ergehen.
- 48 Einer Entscheidung im Beschlusswege hat das BVerfG aber enge Grenzen gesetzt.⁵⁹ § 937 Abs. 2 ZPO lässt sich entnehmen, dass eine einstweilige Verfügung im Grundsatz nur aufgrund einer mündlichen Verhandlung erlassen werden soll. Das wird aus dem Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit in Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitet. In dringenden Fällen ist der Erlass einer einstweiligen Verfügung jedoch auch ohne vorherige mündliche Verhandlung möglich. Ein dringender Fall ist zu bejahen, wenn eine schnellstmöglich terminierte mündliche Verhandlung nicht mehr abgewartet werden kann. Auch dann hat das Gericht dem Antragsgegner jedoch zwingend rechtliches Gehör zu gewähren.⁶⁰ Dem ist u.a. durch eine Schutzschrift genügt.⁶¹ Aber auch wenn das angerufene Gericht dem Antragsgegner die Antragschrift übermittelt und ihm eine Stellungnahmefrist hierzu einräumt, bevor es seine Entscheidung trifft, ist Art. 20 Abs. 3 GG genüge getan. In der Praxis hat die BVerfG-Entscheidung allerdings dazu geführt, dass einstweilige Verfügungen kaum noch im Beschlusswege ergehen.
- 49 Die Zurückweisung eines Antrages auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kann dagegen ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss erfolgen (§ 937 Abs. 2 Halbs. 2 ZPO). Der Zurückweisungsbeschluss wird dem Antragsgegner nicht zugestellt (§§ 936, 922 Abs. 3 ZPO). Anders ist es jedoch, wenn der Antragsgegner angehört wurde oder er eine Schutzschrift hinterlegt hatte.⁶²

Schutzschriften sind nach der Legaldefinition in § 945a Abs. 1 Satz 2 ZPO vorbeugende Verteidigungsmittel gegen einen erwarteten einstweiligen Verfügungsantrag. Sie hindern das angerufene Gericht zwar nicht am Erlass einer einstweiligen Verfügung, machen es dem Antragsteller regelmäßig aber schwerer, die beantragte einstweilige Verfügung auch zu erreichen. Das angerufene Gericht ist zwar nicht verpflichtet, nur wegen der Schutzschrift mündlich zu verhandeln. Es wird dies jedoch regelmäßig tun, wenn es den Verfügungsantrag nicht ohnehin abweisen wird. Das zentrale elektronische Schutzschriftenregister wird vom Hessischen Justizministerium für die gesamte Bundesrepublik länderübergreifend geführt. Die Schutzschrift muss dort als elektronisches Dokument eingereicht werden (§ 945b ZPO i.V.m. § 2 Abs. 2 der Schutzschriftenregisterverordnung [SRV]). Rechtsanwälte unterliegen einem Benutzungszwang nach § 130d ZPO und sind nach § 49c BRAO berufsrechtlich verpflichtet, ihre Schutzschriften ausschließlich zum Schutzschriftenregister einzureichen. Für die Einreichung einer Schutzschrift entsteht eine Gebühr i.H.v. 83 € (§ 1 Nr. 5a Justizverwaltungskostengesetz, Nr. 1160 KV).

Jedes ordentliche Gericht, bei dem ein Antrag auf eine einstweilige Verfügung eingeht, hat das Schutzschriftenregister auf mögliche hinterlegte Schutzschriften zu prüfen (Abfragepflicht).⁶³ Das geschieht aber leider nicht zuverlässig. Ergibt die Abfrage ein positives Ergebnis, so wird die Schutzschrift vom Gericht abgerufen und zu den Akten genommen. Der Antragsteller erfährt vor Antragsseinreichung nicht, ob eine Schutzschrift vorliegt und kann hierin vor seinem Antrag auch keine Einsicht nehmen. Denn das Akteneinsichtsrecht nach § 299 ZPO bezieht sich nur auf einen schon anhängigen Rechtsstreit; das Prozessrechtsverhältnis entsteht jedoch erst mit der Einreichung des Verfügungsantrags.⁶⁴ Der Antragsteller erhält die Schutzschrift erst nach deren Beiziehung übermittelt, regelmäßig zusammen mit einer Terminladung.

Insbesondere in Fällen, in denen Gesellschafterkonflikte über einen längeren Zeitraum schwelen, ist zu berücksichtigen, dass Schutzschriften sechs Monate nach ihrer Einstellung in das Schutzschriftenregister wieder gelöscht werden (§ 945a Abs. 2 Satz 2 ZPO).

Stichwort Zeit: Der Antragsgegner hat das Interesse, die gerichtliche Entscheidung hinauszuzögern, bis die Maßnahme stattgefunden hat, deren Untersagung der andere Gesellschafter beantragt. Schon in einer Schutzschrift kann nach überwiegender Auffassung wirksam ein Verweisungsantrag gestellt werden.⁶⁵ Zwar ist im GmbH-Recht ohnehin zwingend analog § 246 Abs. 3 AktG die Kammer für Handelssachen zuständig.

58 Vgl. OLG Naumburg v. 21.11.2013 – 1 U 105/13, BeckRS 2014, 5487 = GmbHR 2014, 714.

59 BVerfG v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 Rz. 20.

60 BVerfG v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 Rz. 21.

61 BVerfG v. 30.9.2018 – 1 BvR 1783/17, NJW 2018, 3631 Rz. 22.

62 *Vollkommer* in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 922 ZPO Rz. 18.

63 *Musielak/Voit*, 20. Aufl. 2023, § 945a ZPO Rz. 5.

64 *Drescher* in MünchKomm/ZPO, 6. Aufl. 2020, § 945a ZPO Rz. 4; *Vollkommer* in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 935 ZPO Rz. 3.

65 *Drescher* in MünchKomm/ZPO, 6. Aufl. 2020 § 945a ZPO Rz. 7; *Vollkommer* in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 945a ZPO Rz. 4; a.A. OLG Stuttgart v. 7.6.2018 – 2 U 156/17, NJW-RR 2018, 1313, 1316 Rz. 33.

Gegebenenfalls kommt jedoch unter dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs ein Verweisungsantrag an eine bestimmte, mit dem Gesellschafterstreit schon vorbefasste KfH-Kammer in Betracht. Eine gerichtsinterne Abgabe kann dann den für den Antragsteller bestehenden Zeitdruck weiter verschärfen.

3. Streitgegenstand

- 54 Das einstweilige Verfügungsverfahren und das Hauptsacheverfahren (hinsichtlich der einstweiligen Regelung) haben verschiedene Streitgegenstände. Während der Streitgegenstand des einstweiligen Rechtsschutzes der Anspruch auf Sicherung eines Individualanspruches ist, liegt dem Hauptsacheverfahren der zu sichernde Anspruch selbst als Streitgegenstand zugrunde. Daher liegt auch kein Fall anderweitiger Rechtshängigkeit i.S.v. § 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO vor.⁶⁶

4. Antrag, Ermessensspielraum und Vorwegnahmeverbot

- 55 Anders als bei einem Hauptsacheverfahren hat das Gericht in einem einstweiligen Verfügungsverfahren einen weiten Ermessensspielraum, welche Maßnahme es anordnet, ohne dass der Antragsteller sein Rechtsschutzziel exakt darlegen muss.
- 56 Ein konkreter Antrag ist trotzdem ratsam. Hierin sollte auch angegeben werden, an wem konkret ein etwaiges Ordnungsmittel zu vollziehen ist. Insbesondere wenn der Antrag gegen die GmbH gerichtet wird, sollte der Antragsteller schon in seinem Antrag sicherstellen, dass demjenigen Mitglied des Leitungsorgans der Gesellschaft Ersatzordnungshaft angedroht wird, von dem rein faktisch das Risiko einer Rechtsbeeinträchtigung bzw. einer Nichtbeachtung der einstweiligen Verfügung ausgeht. Voraussetzung einer Androhung ist allerdings nicht, dass das Organmitglied, dem das Ordnungsmittel angedroht wird, auch für die begangene Verletzungshandlung verantwortlich ist. Es genügt, dass es für die künftige Zuwiderhandlung als verantwortlich in Betracht kommen kann.⁶⁷ Wichtig ist auch, ein konkretes Ordnungsmittel mit Höchststrafen („bis zu 250.000 €“) zu beantragen, da ohne betragsmäßige Konkretisierung die Vollstreckbarkeit fehlen soll.⁶⁸
- 57 Begrenzt wird der Entscheidungsspielraum nur durch den Sicherungszweck der angestrebten einstweiligen Verfügung (§ 938 Abs. 1 ZPO). Aus diesem Sicherungszweck wird das Verbot abgeleitet, schon per einstweiliger Verfügung die Erreichung des Rechtsschutzziels des Hauptsacheverfahrens anzuordnen (Vorwegnahmeverbot).⁶⁹ Unzulässig wäre etwa die Nichtigkeitserklärung eines Gesellschafterbeschlusses mittels einstweiliger Verfügung.⁷⁰ Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist allerdings nicht in jedem Fall unzulässig. Sie darf dann ausnahmsweise erfolgen, wenn sich auf anderem Weg ein effektiver Rechtsschutz, den Art. 19 Abs. 5 GG garantiert, nicht erreichen lässt.⁷¹ Auch in einem Eilverfahren hat das Gebot effektiven Rechtsschutzes aber allenfalls die Schaffung vollendeter Tatsachen abzuwenden. Sein Zweck und seine Funktion sind nicht, einer Person vorübergehend Rechte einzuräumen, die materiellrechtlich nicht ihr, sondern Dritten zustehen.⁷²
- 58 Nach § 940 ZPO sind einstweilige Verfügungen zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein Streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung zur Abwendung

wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. In die erforderliche Abwägung der beiderseitigen Belange sind auch die Erfolgsaussichten des Verfügungsantrags einzubeziehen. Ist die Rechtslage eindeutig und lässt sich die Berechtigung des verfolgten Anspruchs zweifelsfrei feststellen, so ist der Antragsgegner weniger schutzwürdig und überwiegt im Zweifel das Interesse des Antragstellers an einer Regelungsverfügung. Die Beurteilungskriterien stehen dabei in einer Wechselwirkung zueinander. Ist die Berechtigung des geltend gemachten Anspruchs eindeutig und/oder liefe die Versagung einer Leistungsverfügung mehr oder weniger auf eine endgültige Rechtsverweigerung hinaus, so sind geringere Anforderungen an die wirtschaftliche Notlage zu stellen. Umgekehrt ist die Schwelle für die notwendige Notlage höher anzusetzen, wenn die Rechtslage zugunsten des Antragstellers nicht völlig zweifelsfrei ist.⁷³

Im Ergebnis führt dies dazu, dass z.B. eine einstweilige Verfügung zur Untersagung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens nur bei einer völlig klaren Sachlage (z.B. eines eindeutigen Stimmbindungsvertrags oder eines zweifellos vorliegenden wichtigen Grundes) oder einer besonders schwerwiegenden Beeinträchtigung der Interessen des Antragstellers, die nicht auf andere Weise abgewendet werden kann, in Betracht kommt.

5. Vollziehungsfrist

Nun zu einem für viele Gesellschaftsrechtler verminten Gelände: Der Zustellung. Sie ist sehr fehleranfällig und hier kann man sich einen mit hohem Aufwand erzielten Erfolg leicht wieder zunichte machen. Wird die einstweilige Verfügung nicht ordnungsgemäß vollzogen, so ist sie unheilbar unwirksam und der Antragsgegner kann ihre Aufhebung erwirken.

Nach §§ 936, 929 Abs. 2 ZPO beträgt die Vollziehungsfrist einen Monat. Dazu ist regelmäßig eine Zustellung der einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb erforderlich. Eine in der Praxis immer wieder zu beobachtende Fehlerquelle ist, dass die Zustellung im Parteibetrieb versäumt wird, wenn die einstweilige Verfügung durch Urteil ergeht, weil dieses gem. §§ 317, 270 ZPO schon von Amts wegen zugestellt wird. Die Amtszustellung genügt jedoch nicht. Die Zustellung im Parteibetrieb erfolgt durch den Gerichtsvollzieher (§ 192 ZPO). Notwendig ist dabei die Zustellung einer beglaubigten Abschrift der einstweiligen Verfügung,⁷⁴ also der Ausfertigung (nicht: eine Abschrift

66 Vgl. OLG Jena v. 9.9.2015 – 2 U 219/15, BeckRS 2015, 54450 Rz. 17 = GmbHR 2015, 1267 m. Anm. Kuna; Saarl. OLG v. 14.6.2023 – 1 U 91/22, juris.

67 BGH v. 16.5.1991 – I ZR 218/89, NJW 1992, 749, 450; Lotz, NZG 2023, 498, 500.

68 BGH v. 6.7.1995 – I ZR 58/93, NJW 1995, 3177, 3187 = ZIP 1995, 1544; a.A. Anders/Gehle, 81. Aufl. 2023, § 890 ZPO Rz. 42.

69 Werner, NZG 2006, 761, 762.

70 K. Schmidt/Bochmann in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 45 GmbHG Rz. 183; Liebscher/Alles, ZIP 2015, 1, 2; Otte, NJW 2023, 1089.

71 OLG München v. 20.7.1998 – 23 W 1455/98, GmbHR 1999, 718, 719; OLG Düsseldorf v. 18.5.2005 – I-15 U 202/04 Rz. 56, NZG 2005, 633.

72 Saarl. OLG v. 14.06.2023 – 1 U 91/22, juris Rz. 62.

73 OLG Düsseldorf v. 16.1.2008 – VI-U (Kart) 25/07, BeckRS 2008, 11169 Rz. 7.

74 BGH v. 21.2.2019 – III ZR 115/18 = NJW 2019, 1374, 1375 Rz. 9 f.; i.E. auch Lotz, NZG 2023, 498, 501.

der Abschrift). In Zweifelsfällen empfiehlt es sich zur Vermeidung von Zustellungsmängeln sowohl an den Gesellschafter als auch an dessen Anwalt zuzustellen. Eine Zustellung über das besondere elektronische Anwaltspostfach (beA) von Anwalt zu Anwalt ist möglich. Dafür ist ausreichend, wenn das Verfügungsurteil zusammen mit den verbundenen Signaturdateien zugestellt wird; eine weitere Beglaubigung ist hingegen nicht mehr erforderlich.⁷⁵

6. Prozessparteien

- 62 Bei einstweiligen Verfügungsverfahren besteht eine der größten Herausforderungen für den Antragsteller darin, seinen Verfügungsantrag gegen den richtigen Antragsgegner zu richten. Insbesondere dann, wenn ein Geschäftsführer die angegriffene Maßnahme vornimmt oder unterlässt, fragt sich, ob der Antrag gegen ihn höchstpersönlich oder aber gegen die GmbH zu richten ist. Die Praxis behilft sich vielfach damit, den Verfügungsantrag gegen jeden zu richten, der als Antragsgegner in Betracht kommt und die dadurch ausgelösten Kostenrisiken in Kauf zu nehmen. Jedoch ist es gerade in Konstellationen, bei denen die Gesellschafter über keine besonders üppig gefüllte „Kriegskasse“ verfügen, wirtschaftlich erstrebenswert, einerseits den Antrag gegen niemanden Falschen zu richten und andererseits möglichst nicht höchstpersönlich als Antragsteller zu agieren.
- 63 Als Grundsatz gilt, dass auch bei Inanspruchnahme von einstweiligem Rechtsschutz dieser gegen die Partei zu richten ist, die im dazugehörigen Hauptsacheverfahren passivlegitimiert ist. Denn das einstweilige Rechtsschutzverfahren verfolgt keinen Selbstzweck, sondern dient der Sicherung von Rechtspositionen, die der Klärung in einem parallel geführten oder zeitlich nachfolgenden Hauptsacheverfahren zugänglich sein müssen.⁷⁶
- 64 Soll durch eine einstweilige Verfügung auf die Beschlussfassung eingewirkt werden, sind die betroffenen Gesellschafter Partei, nicht hingegen die GmbH.⁷⁷ Soll die Durchführung der Gesellschafterversammlung untersagt werden, so sind richtigerweise ebenfalls die anderen Gesellschafter Partei.⁷⁸ Richtet sich die einstweilige Verfügung gegen die Beschlussausführung, so ist regelmäßig die Gesellschaft Antragsgegnerin.⁷⁹
- 65 Mit der Frage nach den richtigen Parteien sind bisweilen bedeutende strategische oder wirtschaftliche Interessen verbunden. Ein Antragsteller hat regelmäßig das Interesse, den Antrag möglichst gegen seinen eigentlichen Kontrahenten in dem Gesellschafterkonflikt persönlich zu richten. Denn dann muss dieser das Verfügungsverfahren auf eigene Kosten führen, während anderenfalls der Antragsteller über seine Beteiligung an der GmbH und deren formale Parteistellung die Kosten seines Kontrahenten wirtschaftlich mittragen muss. Aus der gleichen Erwägung heraus kann ein Gesellschafter ein Interesse daran haben, die gemeinsame Gesellschaft als Antragsteller vorzuschieben. Es trägt dann nicht er persönlich, sondern eben die gemeinsame Gesellschaft die Verfahrenskosten und das Prozessrisiko.
- 66 Allerdings kann ein Gesellschafter bisweilen aber auch das umgekehrte Interesse haben, das Verfügungsverfahren im eigenen Namen führen zu können. Er kann dann nämlich die gesamte Prozessstrategie, einschließlich der Auswahl der Rechtsanwälte gänzlich eigenständig festlegen. Dies kann ggf. von nicht uner-

heblicher Bedeutung sein, insbesondere wenn es neben den beiden eigentlichen Kontrahenten im Gesellschafterstreit noch mehrere weitere Gesellschafter gibt, die bei der Verfahrensführung „mitreden wollen“.

Für den Rechtsanwalt, der eigentlich einen Gesellschafter in dem Gesellschafterkonflikt vertritt, können sich unter dem Gesichtspunkt des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen (§ 43a Abs. 4 BRAO und § 3 Abs. 1 Alt. 1 BORA) größere Schwierigkeiten ergeben, wenn im Zusammenhang mit dem einstweiligen Verfügungsverfahren und der sonstigen Positionierung des Gesellschafters in dem Gesellschafterkonflikt ein Interessengegensatz besteht oder nachträglich entsteht. Er muss dann u.U. wegen der Vertretung der Gesellschaft sein eigentliches Mandat niederlegen und die Vertretung des Gesellschafters beenden. Hinzu kommt, dass Verstöße gegen § 43a BRAO zur Nichtigkeit des Anwaltsvertrags führen und sämtliche Vergütungsansprüche entfallen lassen.⁸⁰ In Zweifelsfällen kann die Empfehlung daher nur sein, einen anderen Kollegen die Vertretung der Gesellschaft übernehmen zu lassen und den Gesellschafter als Streithelfer der Gesellschaft auftreten zu lassen. Die Situation ist also im einstweiligen Verfügungsverfahren nicht anders als bei einer Beschlussmängelklage in der Hauptsache. Etwaigen Verstöße gegen § 43a Abs. 4 BRAO führen jedoch auch in einstweiligen Verfügungsverfahren nicht zur Unwirksamkeit von Prozesshandlungen.⁸¹

7. Vertretung

Für die Vertretung der GmbH im Eilverfahren gelten diejenigen Grundsätze, die für die Vertretung der Gesellschaft in einem Anfechtungsstreit entwickelt worden sind. Danach wird, wenn zwischen einem Gesellschafter und der Gesellschaft in der Hauptsache ein Prozess um die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit eines Abberufungsbeschlusses geführt wird, die beklagte Gesellschaft im Rechtsstreit von derjenigen Person vertreten, die bei Abweisung der Klage materiell-rechtlich als ihr gesetzlicher Vertreter anzusehen wäre.⁸² Das in § 46 Nr. 8 GmbHG vorgesehene Beschlusserfordernis für Prozesse der Gesellschaft

75 OLG Dresden v. 22.8.2023 – 4 U 779/23, GRUR-RS 2023, 26628.

76 OLG Hamm v. 19.6.2023 – 8 U 177/22, BeckRS 2023, 16812 Rz. 24.

77 Werner, NZG 2006, 761 f.; Bartl in Bartl/Bartl/Beine/Koch/Schlarb/Schmitt, 8. Aufl. 2019, § 47 GmbHG Rz. 151.

78 A.A. Altmeyen, 11. Aufl. 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 129: Gesellschaft als Antragsgegnerin, deren Geschäftsführer dafür zu sorgen haben soll, dass die Gesellschaftsversammlung nicht stattfindet. Das verkennt, dass die Geschäftsführer weder ein aus ihrer Organstellung resultierendes Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen noch die faktische Möglichkeit haben, eine Versammlung der Gesellschafter zu unterbinden. Ob die Gesellschafter zusammenkommen und Beschlüsse fassen, entscheiden allein diese selbst. Sie müssen daher auch persönlich Partei sein.

79 Altmeyen, 11. Aufl. 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 129; Bartl in Bartl/Bartl/Beine/Koch/Schlarb/Schmitt, 8. Aufl. 2019, § 47 GmbHG Rz. 151.

80 BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 241/14, NJW 2016, 2561, 2562 Rz. 11 = ZIP 2016, 1443; OLG Brandenburg v. 29.6.2022 – 4 U 214/12, NZG 2022, 1586, 1591 Rz. 73; Leinekugel in BeckOK/GmbHG, 56. Edition, 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 246.

81 BGH v. 14.5.2009 – IX ZR 60/08, NJW-RR 2010, 67; OLG Brandenburg v. 29.6.2022 – 4 U 214/14, NZG 2022, 1586, 1592 Rz. 73; Leinekugel in BeckOK/GmbHG, 56. Edition, 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 246.

82 BGH v. 10.11.1980 – II ZR 51/18, GmbHR 1981, 195; Thür. OLG v. 8.1.2014 – 2 U 627/13, GmbHR 2014, 706, 707.

gegen ihre Geschäftsführer oder Gesellschafter findet im einstweiligen Verfügungsverfahren keine Anwendung.⁸³

- 69 Ist eine GmbH Gegnerin eines Verfügungsantrages in einem Verfügungsrechtsstreit mit einem Geschäftsführer, so wird ihre prozessuale Handlungsfähigkeit durch einen anderen Geschäftsführer oder einen analog § 46 Nr. 8 GmbHG von der Gesellschafterversammlung zu bestellenden gesetzlichen Vertreter gewährleistet. Sofern ein Aufsichtsrat gebildet ist, wird die GmbH analog § 112 AktG gegenüber einem antragstellenden Geschäftsführer allein durch den Aufsichtsrat vertreten.⁸⁴ Fehlt ein gesetzlicher Vertreter der GmbH (Mitgeschäftsführer, besonderer Prozessvertreter oder Aufsichtsrat), muss der Geschäftsführer mit seinem Verfügungsantrag zugleich die Bestellung eines Prozesspflegers gem. § 57 Abs. 1 ZPO für die Gesellschaft beantragen;⁸⁵ bei wechselseitigen Abberufungen kann allerdings der jeweils abberufene Geschäftsführer die GmbH noch in dem Verfahren mit dem anderen abberufenen Geschäftsführer vertreten.⁸⁶

- 70 Ist die GmbH hingegen selbst Antragstellerin und befindet sich ihr Geschäftsführer auf der Gegenseite, muss die Gesellschafterversammlung die Vertretung der GmbH durch einen anderen Geschäftsführer beschließen oder speziell für das Verfügungsverfahren einen besonderen Vertreter bestellen. Im Aktivprozess der Gesellschaft kommt auch eine *actio pro socio* eines Gesellschafters in Betracht, bis ein Prozessvertreter bestellt worden ist.⁸⁷

8. Schadensersatzpflicht

- 71 Nach § 945 ZPO hat der Antragsteller dem Antragsgegner verschuldensunabhängig Schadensersatz zu leisten, wenn die einstweilige Verfügung später aufgehoben wird. Diese Gefährdungshaftung beruht auf dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass der Antragsteller aus einem noch nicht endgültigen Titel auf eigenes Risiko vollstreckt.⁸⁸ Zu ersetzen ist der Vollziehungsschaden. Hat der Antragsgegner Anlass für einstweilige Rechtsschutzmaßnahmen gegeben, kann das ein Mitverschulden begründen.⁸⁹
- 72 Mit Blick auf § 945 ZPO kann das Gericht den Erlass der einstweiligen Verfügung von einer Vollziehungssicherheit abhängig machen (§ 921 ZPO). Das ist insbesondere zu erwägen, wenn die Vermögensverhältnisse des Antragstellers so gestaltet sind, dass etwaige Schadensersatzansprüche gefährdet sind, aber auch bei zweifelhafter Rechtslage oder nur mühsam gelungener Glaubhaftmachung.⁹⁰ Bei Gesellschafterkonflikten kommt eine Vollziehungssicherheit nach Erfahrungen des Autors allenfalls vor, wenn eine im Beschlusswege ergangene einstweilige Verfügung durch Urteil bestätigt wird.

9. Rechtsmittel

- 73 Hinsichtlich der Rechtsmittel ist zu differenzieren: Lehnt das Gericht den Erlass eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss ab, ist aus Sicht des Antragstellers hiergegen die sofortige Beschwerde statthaft (§ 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO). Nach Zustellung eines ohne mündliche Verhandlung erlassenen stattgebenden Beschlusses kann der Antragsgegner Widerspruch einlegen (§§ 924, 936 ZPO); hierüber entscheidet das Gericht durch Urteil, gegen das nach Maßgabe von § 511 ZPO die Berufung zulässig ist. Ent-

scheidet das Gericht nach einer mündlichen Verhandlung durch Urteil, ist hiergegen ebenfalls die Berufung statthaft (§ 511 ZPO).

Die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung kann gem. § 936 ZPO nur unter besonderen Umständen beantragt werden. Unabhängig von einem Widerspruch kann der Antragsgegner beantragen, dass dem Antragsteller aufgegeben wird, innerhalb einer bestimmten Frist die Hauptsacheklage zu erheben (§§ 926, 936 ZPO).

VII. Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste

Die meisten einschlägigen Entscheidungen der letzten Monate 75 betreffen den Komplex „Gesellschafterliste“.

1. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund

Ein einstweiliger Verfügungsantrag kann darauf gerichtet sein, 76 per vorbeugendem Unterlassungsanspruch die Einreichung einer unrichtigen Gesellschafterliste zum Handelsregister zu untersagen.⁹¹

Der Verfügungsanspruch ergibt sich aus § 823 Abs. 1 BGB 77 (Eingriff in die Mitgliedschaft) i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁹²

Der Verfügungsgrund folgt daraus, dass der von einem möglicherweise unwirksamen Ausschluss bzw. einer fehlerhaften Einziehung betroffene Gesellschafter gegen den Beschluss zwar Beschlussmängelklage erheben, mit dieser Klageerhebung aber nicht verhindern kann, dass eine die Zwangsmaßnahme nachvollziehende Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht wird, die ihn nicht mehr als Gesellschafter ausweist. Eine solche Einreichung einer materiell unrichtigen Gesellschafterliste beeinträchtigt in gravierender Weise die Interessen des von der Unrichtigkeit betroffenen Gesellschafters. Die unrichtige Gesellschafterliste hat zwar für sich genommen keine Aus-

83 K. Schmidt in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 46 GmbHG Rz. 154; Bayer in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 46 GmbHG Rz. 37; Hüffer/Schäfer in HCL, 3. Aufl. 2020, § 46 GmbHG Rz. 107.

84 Lutz, NZG 2015, 424, 425 f.

85 Lutz, NZG 2015, 424, 427 ff.

86 Lutz, NZG 2015, 424, 426 f.; Lotz, NZG 2023, 498, 499.

87 Die *actio pro socio* soll die Gesellschafter auch vor Beeinträchtigungen durch eine unrechtmäßige Einflussnahme – insbesondere seitens der Gesellschaftermehrheit – auf die Geschäftsführung bei der Verfolgung von aus der gesellschaftlichen Treupflicht erwachsenen Ansprüchen schützen (vgl. BGH v. 11.7.2023 – II ZR 116/21, GmbHR 2023, 1149, 1151 Rz. 16; BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 Rz. 67 = GmbHR 2023, 334). Zur Abgrenzung von *actio pro socio*, *actio pro societate* und der nicht existierenden *actio pro procurator* Saarl. OLG v. 14.6.2023 – 1 U 91/22, juris Rz. 63 ff.

88 BGH v. 2.11.1995 – IX ZR 141/94, BGHZ 131, 141, 143; Huber in Musielak/Voit, 20. Aufl. 2023, § 945 ZPO Rz. 1; Vollkommer in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 945 ZPO Rz. 1.

89 BGH v. 23.3.2006 – IX ZR 134/04, NJW 2006, 2557, 2559 Rz. 23; Huber in Musielak/Voit, 20. Aufl. 2023, § 945 ZPO Rz. 8; Vollkommer in Zöller, 34. Aufl. 2022, § 935 ZPO Rz. 14c.

90 OLG Hamm v. 19.6.2023 – 8 U 177/22 – demnächst in GmbHR.

91 Bayer in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 40 GmbHG Rz. 100 f.

92 Vgl. BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 Rz. 64 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

wirkungen auf die materiell-rechtliche Gesellschafterstellung, führt aber aufgrund der negativen Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG dazu, dass der nicht mehr in der Gesellschafterliste Ausgewiesene keine Mitgliedschaftsrechte mehr gegenüber der Gesellschaft wahrnehmen kann⁹³. Ein Widerspruch des betroffenen Gesellschafters überwindet diese negative Legitimationswirkung nicht.⁹⁴ Damit ist seine Stellung als Gesellschafter in ihrem Kern betroffen, da ihm insbesondere die Möglichkeit genommen wird, an der Entscheidungsfindung der Gesellschaft mitzuwirken und auf die Gestaltung und Entwicklung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen.⁹⁵ Die übrigen Gesellschafter können darüber hinaus ohne seine Beteiligung und sogar ohne seine Kenntnis das Unternehmen nach ihrem Belieben umgestalten und auf diesem Wege seine materiell-rechtliche Gesellschafterstellung beeinträchtigen⁹⁶.

- 79 Insbesondere wenn 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 Beschlüsse, die der Mehrheitsgesellschafter nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens entweder überhaupt nicht mehr oder nur noch mit unverhältnismäßigem Aufwand rückgängig machen kann.⁹⁷ Aufgrund der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG bleiben die von den übrigen Gesellschaftern gefassten Beschlüsse auch dann wirksam, wenn der Gesellschafter mit seiner Klage gegen den Ausschließungs- bzw. Einziehungsbeschluss letztlich Erfolg hat.⁹⁸
- 80 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 Ausschließungs- bzw. Einziehungsbeschluss kann der Gesellschafter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die insoweit passiv legitimierte Gesellschaft das Verbot erwirken, eine neue Gesellschafterliste, in der er nicht mehr aufgeführt ist, bei dem Registergericht einzureichen.⁹⁹
- 81 Die Anforderungen, die im Rahmen des Verfügungsgrundes an die aktuelle Gefahr der Einreichung einer unrichtigen Gesellschafterliste zu stellen sind, dürfen dabei nicht überspannt werden.¹⁰⁰ Weder der Umstand, dass die Gesellschaft den Zwangsausgeschlossenen freiwillig als Gesellschafter weiterbehandelt (ohne sich verbindlich hierzu zu verpflichten) noch der Umstand, dass das Registergericht die geänderte Gesellschafterliste bei Zweifeln an ihrer Richtigkeit möglicherweise schon nicht aufnehmen wird, lassen den Verfügungsgrund entfallen.¹⁰¹
- 82 Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die denen von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim Registergericht zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen, so 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 doch

eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen ist.¹⁰²

2. Passivlegitimation

Eine neue BGH-Entscheidung brachte Ende 2022 weitestgehend Klarheit, gegen wen im Grundsatz und im Ausnahmefall Unterlassungsansprüche im Zusammenhang mit einer unrichtigen Listeneinreichung geltend gemacht werden können. Die Entscheidung ist damit gerade auch für einstweilige Verfügungsverfahren von großer Bedeutung.

Ausgangspunkt der BGH-Entscheidung vom 8.11.2022¹⁰³ war ein Abberufungsverlangen des Minderheitsgesellschafters gegenüber der Mehrheitsgesellschafterin-Geschäftsführerin. Als Reaktion hierauf drohte Letztere die Einreichung einer neuen, den die Abberufung betreibenden Minderheitsgesellschaftler nicht länger als Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterliste zum Handelsregister an. Der Minderheitsgesellschaftler nahm daraufhin sowohl die Mehrheitsgesellschaftler-Geschäftsfüh-

93 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 Rz. 30 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher; BGH v. 10.11.2020 – II ZR 211/19, DStR 2021, 177 Rz. 14, 17 = GmbHR 2021, 84 m. Anm. Wachter; BGH v. 26.1.2021 – II ZR 331/18, DStR 2021, 1001 Rz. 43. Vgl. ferner Bayer in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 40 GmbHG Rz. 101.

94 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 Rz. 30 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher; BGH v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, DStR 2014, 340 Rz. 36 = GmbHR 2014, 198 m. Anm. Bayer; Wertebuch in MünchKomm/GmbHG, 56. Edition, 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 470. A.A. noch KG v. 10.12.2015 – 23 U 99/15, GmbHR 2016, 416.

95 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 Rz. 30 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher; BGH v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, DStR 2021, 1001 Rz. 52 = GmbHR 2021, 366 m. Anm. Bayer.

96 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 Rz. 30 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher; BGH v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 = DStR 2019, 1755 Rz. 38 f. = GmbHR 2019, 988 m. Anm. Münnich; OLG München v. 22.2.2022 – 7 W 186/22, NZG 2022, 564, 565 = GmbHR 2022, 1150; OLG Frankfurt v. 30.6.2022 – 5 W 18/22, NZG 2022, 1629, 1631 Rz. 18 = GmbHR 2023, 456 m. Anm. Wagner.

97 BGH v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, NZG 2019, 979, 982 Rz. 38 = GmbHR 2019, 988 m. Anm. Münnich; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 512; Bayer/Selentin, Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 391, 395.

98 BGH v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, NZG 2019, 979, 982 Rz. 38 = GmbHR 2019, 988 m. Anm. Münnich; BGH v. 20.11.2018 – II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rz. 25 ff., 45 = GmbHR 2019, 335 m. Anm. Wachter; OLG Frankfurt v. 30.6.2022 – 5 W 18/22, NZG 2022, 1629, 1631 Rz. 38 = GmbHR 2023, 456 m. Anm. Wagner; Bayer/Selentin, Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 391, 394 f.; Kleindiek, GmbHR 2017, 815, 816; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441, 445; Lötbe in HCL, 3. Aufl. 2019, § 16 GmbHG Rz. 85.

99 BGH v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, NZG 2019, 979, 982 Rz. 39 = GmbHR 2019, 988 m. Anm. Münnich; BGH v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184, 188 f. Rz. 36, 39 = GmbHR 2014, 198 m. Anm. Bayer; Fischer, GmbHR 2018, 1257, 1260; Flück, GmbHR 2017, 67, 70; Hoffmann/Rüppell, BB 2016, 1026, 1032; Kleindiek, GmbHR 2017, 815, 819, 822; Lieb-scher/Alles, ZIP 2015, 1, 7 f.; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 505, 508 ff.; Wagner, GmbHR 2016, 463, 467; Werner, GmbHR 2019, 265, 270; Wi-gand-Schneider in Born/Ghassemi-Tabar/Gehle, MünchHandb GesR, Band V., 5. Aufl., § 39 Rz. 173; Drescher in MünchKomm/ZPO, 6. Aufl., § 935 ZPO Rz. 65 m.w.N.; ablehnend KG v. 24.8.2015 – 23 U 20/15, GmbHR 2016, 416

100 So aber tendenziell OLG München v. 2.12.2020 – 7 U 4305/20, GmbHR 2021, 316.

101 Könen/Dietlein/Schubert, NZG 2021, 771, 773 ff.

102 BGH v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, NZG 2019, 979, 982 Rz. 40 = GmbHR 2019, 988 m. Anm. Münnich.

103 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

rin persönlich als auch die Gesellschaft zunächst im einstweiligen Verfügungsverfahren, später im Hauptsacheverfahren per vorbeugender Unterlassungsklage auf Unterlassung der Einreichung einer unrichtigen Gesellschafterliste in Anspruch.

- 85 Die Entscheidung vom 8.11.2022 bestätigt, dass der Gesellschafter gegen die Gesellschaft das Verbot der Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste erwirken kann.¹⁰⁴ Ergänzend nimmt sie auch unter bestimmten Umständen einen zwischen den Gesellschaftern bestehenden Anspruch auf Unterlassung der Einreichung einer unrichtigen Gesellschafterliste aufgrund der zwischen ihnen bestehenden gesellschaftlichen Treupflicht an.¹⁰⁵ In dem entschiedenen Fall hat der BGH auch den Mitgesellschafter-Geschäftsführer persönlich als passivlegitimiert hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs angesehen.¹⁰⁶ Einen Anspruch wegen drohender Verletzung organschaftlicher Pflichten hat der BGH hingegen abgelehnt.¹⁰⁷

a) Grundsatz: Unterlassungsanspruch nur gegen die GmbH (nicht auch gegenüber deren Geschäftsführern persönlich)

- 86 Nach dem BGH besteht der Unterlassungsanspruch auf Einreichung einer materiell unrichtigen Gesellschafterliste zum Handelsregister in einer „normalen“ GmbH nur gegenüber der Gesellschaft selbst und nicht gegenüber dem Geschäftsführer.¹⁰⁸ Denn der Geschäftsführer handle bei seiner Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste bzw. zur Berichtigung einer unrichtigen Gesellschafterliste nicht höchstpersönlich, sondern nur als organschaftlicher Vertreter der Gesellschaft.¹⁰⁹ Zwischen dem Gesellschafter und dem Geschäftsführer bestünden keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen und der Geschäftsführer sei in seiner Eigenschaft als Gesellschaftsorgan allein der Gesellschaft gegenüber treupflichtig.¹¹⁰
- 87 Auch aus § 40 Abs. 3 GmbHG, der eine unmittelbare Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftern bei Verletzung der Einreichungspflichten statuiert, folge entgegen dem OLG Brandenburg¹¹¹ nicht, dass der betroffene Gesellschafter den Geschäftsführer unmittelbar auf Erfüllung der Einreichungspflicht bzw. Unterlassung der ihn zu Unrecht nicht mehr als Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterliste in Anspruch nehmen könne.¹¹²

b) Ausnahme: Treupflichtverstoß des Mitgesellschafter-Geschäftsführers

- 88 Anders sieht es der BGH aber in Fällen, in denen der Geschäftsführer auch zugleich Gesellschafter ist und seine Geschäftsführungs- bzw. Listeneinreichungsbefugnis missbraucht, um rein eigennützige Interessen durchzusetzen. Dabei war für den BGH die Überlegung ausschlaggebend, dass ein Gesellschafter, der seine Stellung als Geschäftsführer dadurch missbraucht, dass er eine materiell unrichtige Gesellschafterliste zum Handelsregister einreicht, um damit eigennützige Interessen durchzusetzen, dadurch zugleich auch seine ihm höchstpersönlich obliegende gesellschaftliche Treupflicht gegenüber dem von der Unrichtigkeit nachteilig betroffenen Gesellschafter verletzt.¹¹³ Allerdings liege, so der BGH, nicht in jeder unsorgfältigen Geschäftsführermaßnahme zugleich eine Verletzung der gesellschaftlichen Treupflicht.¹¹⁴ Eine Treupflichtverletzung sei nur dann anzunehmen, wenn der Gesellschafter-Ge-

schaftsführer seine Befugnis zur Einreichung einer geänderten Liste gezielt missbrauche, um damit eigennützige Interessen durchzusetzen.¹¹⁵

Der Unterlassungs- bzw. Verfügungsanspruch gegen einen Gesellschafter-Geschäftsführer, der unter Verletzung seiner gesellschaftlichen Treupflicht eine materiell unrichtige Gesellschafterliste einreichen will, ergibt sich einerseits aus § 280 Abs. 1, §§ 249 ff. BGB, andererseits aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB.¹¹⁶ Da eine Treupflichtverletzung zum Schadensersatz verpflichtet, könne der Geschädigte Naturalrestitution und damit auch Unterlassen der treupflichtwidrigen Einreichung einer Gesellschafterliste verlangen. Ferner liegt in der treupflichtwidrigen Einreichung einer Gesellschafterliste ein Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaft des Gesellschafters, so dass § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog greife. Seine Unterlassungsansprüche könne der betroffene Gesellschafter dabei mittels einer vorbeugenden Unterlassungsklage geltend machen.

In der Konsequenz der BGH-Entscheidung liegt es, dass in Fällen, in denen ein Gesellschafter-Geschäftsführer ohne Vorliegen eines Interessenkonflikts ausschließlich im Interesse der Gesellschaft fälschlicherweise eine unrichtige Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen will, kein Treupflichtverstoß vorliegt und kein vorbeugender Unterlassungsanspruch besteht; passivlegitimiert ist dann ausschließlich die GmbH selbst. Dementsprechend muss der Antragsteller, falls er seinen Verfügungsantrag auch gegen den Mitgesellschafter-Geschäftsführer richtet, darlegen und glaubhaft machen, dass die bevorstehende Änderung der Gesellschafterliste unmittelbar der Verfolgung eigennütziger Interessen des Gesellschafter-Geschäftsführers dient.

Durch die Entscheidung vom 8.11.2022 steht ferner fest, dass ein vorbeugender Unterlassungsanspruch jedenfalls nicht ge-

104 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 Rz. 18, BGHZ 235, 57 unter Verweis auf BGH v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 = GmbHR 2019, 988 m. Anm. Münnich.

105 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 25 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

106 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 12 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

107 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 19 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

108 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 19 ff., 24 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

109 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 22 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

110 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 21 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

111 OLG Brandenburg v. 12.2.2013 – 7 W 72/12, NZG 2013, 507, 508 = GmbHR 2013, 309 m. Anm. Peetz.

112 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 23 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

113 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 29 ff., 32 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

114 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 33 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

115 BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 33 f. = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

116 Zum Unterlassungsanspruch BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21 BGHZ 235, 57 Rz. 62 = GmbHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

gen den Fremdgeschäftsführer einer Gesellschaft persönlich geltend gemacht werden kann.¹¹⁷

VIII. Beseitigungsanspruch: (Wieder-)Einreichung der bisherigen/korrigierten Gesellschafterliste

1. Die Grenze des zeitlich Möglichen

- 92 Optimalerweise gelingt es dem Betroffenen also, schon die Einreichung einer falschen Liste zu verhindern. In vielen Fällen wird es dem von der Einziehung eines Geschäftsanteils betroffenen Gesellschafter aus Zeitgründen nicht möglich sein, noch vor der Gesellschafterversammlung, bei der über die Einziehung seines Geschäftsanteils entschieden wird, eine einstweilige Verfügung gegen die Einreichung einer neuen, ihn nicht mehr als Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterliste zu erwirken. Wird z.B. erst drei Tage vor einer zuvor ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung die Ergänzung der Tagesordnung dieser Versammlung um den Tagesordnungspunkt „Einziehung“ bewirkt (vgl. § 51 Abs. 4 GmbHG), so ist es faktisch ausgeschlossen, noch vor der Gesellschafterversammlung eine einstweilige Verfügung zu beantragen, zu erwirken und ordnungsgemäß zuzustellen.

2. Zudem: Gegebenenfalls gezieltes Unterlaufen von Rechtsschutzmöglichkeiten

- 93 In einem jüngst vom KG entschiedenen Fall hatte es der die Einziehung betreibende Gesellschafter sogar noch rücksichtsloser darauf angelegt, dem betroffenen Gesellschafter effektiven Rechtsschutz unmöglich zu machen. Er hatte den Betroffenen zu der Gesellschafterversammlung, die über die Einziehung entscheiden sollte, nicht geladen, diese Nichtladung aber dadurch zu kaschieren versucht, dass er mit dem angeblichen Ladungsschreiben eine Vielzahl von Dokumenten und Unterlagen, nicht jedoch das Ladungsschreiben selbst, per Einschreiben versandt hatte. Dementsprechend konnte der Betroffene zu der Gesellschafterversammlung auch nicht erscheinen. Die neue, den Antragsteller nicht mehr als Gesellschafter ausweisende Gesellschafterliste reichte der die Einziehung betreibende Gesellschaftergeschäftsführer aber noch zum Handelsregister ein, bevor dem Anderen die Einziehung bekannt gegeben worden war.¹¹⁸ Dementsprechend hatte der spätere Antragsteller von vornherein keine Möglichkeit, einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch auf Nichteinreichung geltend zu machen.
- 94 Zu den Organpflichten eines Geschäftsführers zählt auch, bei Streit um die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises den Betroffenen im Falle einer vermeintlich unrichtigen Liste vor der Einreichung einer korrigierten Liste Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben¹¹⁹. Wenn der Betroffene der Korrektur widerspricht, ändert das zwar nichts an der Berechtigung des Geschäftsführers, bei Fehlern für eine Berichtigung der Gesellschafterliste zu sorgen. Die vorherige „Schleife“, die der Geschäftsführer vor der Korrektur mit der gebotenen Anhörung drehen muss, gibt dem Betroffenen aber die Chance, einstweiligen Rechtsschutz gegen die Einreichung einer ihn nicht mehr als Gesellschafter ausweisenden Liste zu erhalten. Schon das allein spricht dafür, bei gezieltem Unterlaufen dieser Rechtsschutzmöglichkeit ausnahmsweise über eine bloße Untersa-

gung hinaus auch die Einreichung einer korrigierten Liste anordnen zu können.¹²⁰

3. Beseitigungsanspruch als Fortsetzung des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs und Vergleichbarkeit der Interessenslagen

Unabhängig davon hat das KG betont, dass die Überlegungen 95 des BGH, wonach dem betroffenen Gesellschafter ein effektives Mittel zur Verfügung gestellt sein muss, seine Entrechtung in der Gesellschaft während der Dauer des Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Einziehung zu verhindern und seine streitige materiell-rechtliche Gesellschafterstellung bis zur Klärung der Wirksamkeit der Einziehung zu sichern, auch für den Fall zutreffen, dass eine Gesellschafterliste schon im Handelsregister aufgenommen ist. Es gab deshalb zu Recht dem Verfügungsantrag auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste mit dem Inhalt der früheren Liste zum Handelsregister statt. Entscheidend ist, dass der Beseitigungsanspruch nur die Fortsetzung des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs ist.¹²¹ Während bei dem vorbeugenden Unterlassungsanspruch eine Rechtsbeeinträchtigung nur droht, ist sie bei dem Beseitigungsanspruch schon eingetreten, wobei es letztlich von zeitlichen Zufälligkeiten abhängt, welche Konstellation sachverhaltsseitig eintritt.¹²² Es muss aber uneingeschränkt möglich sein, auch nach der Beschlussfassung und der Aufnahme einer wahrscheinlich unrichtigen Gesellschafterliste im Handelsregister noch einstweiligen Rechtsschutz hiergegen zu erlangen.¹²³ Wertungsmäßig sind beide Fälle gleich gelagert. Unter dem Gesichtspunkt der Vorwegnahme der Hauptsache ergibt sich bei vorheriger Untersagung und nachträglicher Verpflichtung eine ähnliche Sach- und Rechtslage, da die jeweiligen Gesellschafterlisten – bei Untersagung die ursprüngliche, bei nachträglicher Beseitigung die korrigierte Liste – inhaltlich ja gerade gleich sind und nur das Datum der Liste voneinander abweicht.¹²⁴

4. Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund

Der Verfügungsanspruch auf Einreichung einer korrigierten 96 Liste ergibt sich ebenfalls aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB. Der Betroffene hat Anspruch darauf, einen rechtswidrigen Eingriff in seine Mitgliedschaftsrechte beseitigen zu lassen.¹²⁵

Der Verfügungsgrund ergibt sich ggf. aus der Streichung aus 97 der Gesellschafterliste, da der Betroffene damit seine Gesellschafterrechte nicht mehr ausüben kann. Dies kann einen we-

117 So richtigerweise *Dembinski/Tamcke*, DStR 2023, 784. Das Gegenteil befürwortet etwa noch *Heidinger* in MünchKomm zum GesellschaftsR, 4. Aufl. 2023, § 40 Rz. 158.

118 Vgl. KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 44 u. Rz. 48.

119 BGH v. 17.12.2013 – II ZR 21/12 Rz. 36, NZG 2014, 184, 188 = GmbHR 2014, 198 m. Anm. *Bayer*.

120 KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 45.

121 KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 31.

122 KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 31.

123 KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 34, wohl auch OLG München v. 18.5.2021 – 7 W 718/21 Rz. 18 u. Rz. 52, GmbHR 2021, 934.

124 KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 39.

125 KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 46.

sentlichen Nachteil i.S.v. § 940 ZPO darstellen, da die übrigen Gesellschafter sonst während der Dauer des Rechtsstreits das Unternehmen nach ihrem Belieben umgestalten könnten. Zwar dürfte der Betroffene einen Schadenersatzanspruch und damit auch einen Anspruch auf Naturalrestitution gem. § 249 BGB auf Rückgängigmachung der nach der Listeneinreichung wirksam gefassten Beschlüsse haben. Das ist aber keine Gewähr dafür, dass eine solche Rückgängigmachung auch faktisch überhaupt noch möglich ist – man denke nur an die Verschmelzung der GmbH auf einen anderen Rechtsträger –, jedenfalls wäre auch das mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden.¹²⁶

- 98 Vielfach werden allerdings statt der Neueinreichung der ursprünglichen Gesellschafterliste auch mildere Maßnahmen, wie das Einräumen einzelner Gesellschafterrechte genügen.¹²⁷

IX. Untersagung der Berufung auf eine im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste

- 99 Wenn das Schutzbedürfnis des Betroffenen nicht so weit reicht, dass die Untersagung der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste erforderlich ist, kann durch eine einstweilige Regelung der Ausübung der Gesellschafterrechte ebenfalls den beiderseitigen Interessen Rechnung getragen werden.¹²⁸ Das ermöglicht ebenfalls einen effektiven nachträglichen Rechtsschutz. Die einstweilige Regelung, den in der Gesellschafterliste nicht mehr Ausgewiesenen, trotzdem noch als Gesellschafter zu behandeln, hat nach überwiegender Rechtsprechung zur Folge, dass sich die GmbH nicht mehr auf die Legitimationswirkung der vorhandenen Liste berufen kann, sondern vielmehr faktisch die vorherige Liste gilt.¹²⁹

- 100 Ein Unterschied zwischen der Anordnung zur Einreichung einer früheren Gesellschafterliste und der Untersagung der Berufung auf die eingereichte Liste besteht hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten. Nach der Systematik des § 16 Abs. 3 GmbHG muss derjenige, der die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste für unrichtig hält, ihr per einstweiliger Verfügung einen Widerspruch zuordnen lassen. Der nach der Liste berechtigte Gesellschafter braucht hingegen nichts weiter zu unternehmen. Abhängig davon, ob nur die Behandlung des Antragstellers wie einen Gesellschafter angeordnet wird oder ob auch die Untersagung der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste bzw. die Neueinreichung der vorherigen Liste angeordnet wird, verschiebt sich die Antragslast für ein einstweiliges Verfügungsverfahren auf Zuordnung eines Widerspruchs. Der in der angegriffenen Liste als Berechtigter ausgewiesene Gesellschafter muss nun seinerseits in der korrigierten Liste dem entsprechenden Geschäftsanteil einen Widerspruch zuordnen lassen, um eine Verfügung über den Anteil zu verhindern.¹³⁰

X. Sonstige Fallgruppen einstweiligen Rechtsschutzes (Anträge der Gesellschaft)

- 101 Schließlich werden nachfolgend Beispiele gegeben, mit welchem Inhalt einstweilige Verfügungen erlassen werden können.

1. Tätigkeitsverbot für abberufene Geschäftsführer

Eine einstweilige Verfügung kann darauf gerichtet sein, dem Geschäftsführer die Ausübung seines Amtes zu untersagen oder ihn bei der Amtsausübung zu beschränken (z.B. nur noch Gesamtvertretungsbefugnis statt Alleinvertretungsbefugnis). Dafür muss glaubhaft gemacht werden, dass wichtige Gründe für eine sofortige Abberufung des Geschäftsführers vorlagen und die Abberufung wirksam beschlossen ist.¹³¹

Antragsbefugt ist dafür die betroffene Gesellschaft.¹³² Ihr Unterlassungsanspruch folgt aus §§ 823 Abs. 1 (Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb), 1004 BGB analog.¹³³

Der Verfügungsgrund bei Konflikten um die Geschäftsführerstellung ergibt sich regelmäßig aus der Eilbedürftigkeit der Regelung der Vertretung der Gesellschaft bei der Erledigung der anstehenden geschäftlichen Tätigkeiten. Wer als Geschäftsführer handelt, begründet damit naturgemäß wirtschaftliche Konsequenzen für die Gesellschaft, die diese nicht hinnehmen muss, wenn der Betreffende wirksam abberufen ist.¹³⁴ Im österreichischen Recht ist insoweit in § 16 Abs. 2 Satz 5 ÖGmbHG sogar ausdrücklich geregelt, dass zur Sicherung des Anspruchs auf Abberufung aus wichtigem Grund dem Geschäftsführer die weitere Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft durch einstweilige Verfügung untersagt werden kann, wenn ein sonst drohender unwiederbringlicher Nachteil glaubhaft gemacht ist.

2. Untersagung der Geschäftsführungstätigkeit bis zur Abberufung

Sogar schon vor Fassung eines Abberufungsbeschlusses kann die GmbH einem abberufungsreifen Geschäftsführer die Ausübung der Geschäftsführertätigkeit im Wege einstweiliger Ver-

126 BGH v. 2.7.2019 – II ZR 406/17 Rz. 38 f., GmbHR 2019, 988 m. Anm. Münnich; KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 61 unter Aufgabe von KG v. 10.12.2015 – 23 U 99/15, GmbHR 2016, 416 Rz. 25 ff.

127 Drescher in MünchKomm/ZPO, 6. Aufl. 2020, § 935 ZPO Rz. 65; Lieb-scher/Alles, ZIP 2015, 1, 8; Lieder, GmbHR 2016, 271, 275.

128 BGH v. 17.12.2013 – II ZR 21/12 Rz. 39, GmbHR 2014, 198 m. Anm. Bayer.

129 BGH v. 2.7.2019 – II ZR 406/17 Rz. 39 = GmbHR 2019, 988 m. Anm. Münnich; KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 40; a.A. OLG München v. 18.5.2021 – 7 W 718/21 Rz. 51, 54 ff., GmbHR 2021, 934.

130 KG v. 17.5.2023 – 23 U 14/23, BeckRS 2023, 11111 Rz. 41; OLG München v. 10.12.2012 – 23 U 4354/12, NZG 2013, 947, 948 = GmbHR 2013, 714; Altmeppen, 11. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 67.

131 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 27 = ZIP 2023, 908; OLG München v. 10.12.2012 – 23 U 4354/12 Rz. 14, GmbHR 2013, 714; OLG Brandenburg v. 10.11.2021 – 4 U 97/21 Rz. 27, NZG 2022, 210. Vgl. ferner Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 5.

132 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 15 = ZIP 2023, 908; OLG Naumburg v. 21.11.2013 – 1 U 105/13, BeckRS 2014, 5487 = GmbHR 2014, 714; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 38 GmbHG Rz. 81.

133 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 15 = ZIP 2023, 908; OLG Jena v. 8.1.2014 – 2 U 627/13, GmbHR 2014, 706, 708; offengelassen von Fischer in MünchHdb/AG VII, 6. Aufl. 2020, 519 Rz. 32.

134 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 68 = ZIP 2023, 908; näher Fischer in MünchHdb/AG VII, 6. Aufl. 2020, § 19 Rz. 40.

fügung untersagen.¹³⁵ Der Verfügungsanspruch ergibt sich in solchen Fällen aus § 38 Abs. 2 GmbHG. Hierbei ist besonders begründungsbedürftig, weshalb ausnahmsweise nicht bis zum Zusammentritt der Gesellschafterversammlung abgewartet werden kann. Die Anforderungen hierfür sind hoch. Zu denken ist etwa an den Fall, dass der Geschäftsführer beständig gravierende finanzielle Unregelmäßigkeiten zu Lasten seiner Gesellschaft vornimmt und wegen langer Ladungsfristen oder ungünstiger Beschlussfähigkeitsregelungen die Abberufung nicht kurzfristig herbeigeführt werden kann.

3. Herausgabe von Unterlagen

- 106 Eine einstweilige Verfügung kann als Annex zu dem vollständigen Tätigkeitsverbot auch auf die Herausgabe von Unterlagen oder Passwörtern gerichtet sein.¹³⁶ Antragsbefugt ist dafür nur die betroffene Gesellschaft, nicht hingegen auch ein Gesellschafter.¹³⁷

4. Behandlung eines streitig Bestellten als Geschäftsführer

- 107 Ein einstweiliger Verfügungsantrag kann ferner darauf gerichtet sein, eine Person, deren Bestellung zum Geschäftsführer streitig ist, als Geschäftsführer zu behandeln. Ist eine Person wirksam als Geschäftsführer bestellt, so ergibt sich aus der gesellschaftlichen Treupflicht der Gesellschafter untereinander regelmäßig auch ein materiell-rechtlicher Anspruch zur Behandlung jeder Person als Geschäftsführer, die wirksam als Geschäftsführer bestellt ist.¹³⁸
- 108 Antragsbefugt dafür sind sowohl die betroffene GmbH als auch jeder Gesellschafter, wenn der Verfügungsantrag gegen einen anderen Gesellschafter gestellt wird.¹³⁹ Wird der Verfügungsantrag gegen einen Fremdgeschäftsführer gestellt, so ist hierfür ausschließlich die GmbH antragsbefugt, nicht jedoch auch der Gesellschafter, der von einer wirksamen Bestellung ausgeht.¹⁴⁰

- 109 Der Anspruch der Gesellschaft gegen ihren die Wirksamkeit der Bestellung bestreitenden Gesellschafter folgt bei Wirksamkeit der Bestellung aus einer Verletzung dessen ihm gegenüber der Gesellschaft obliegenden gesellschaftlichen Treupflicht.¹⁴¹
- 110 Der Anspruch der GmbH gegenüber einem Geschäftsführer folgt aus seiner gegenüber der Gesellschaft bestehenden Treupflicht bzw. aus § 43 GmbHG.¹⁴²

5. Mitwirkung an der Handelsregisteranmeldung

- 111 Eine einstweilige Verfügung kann ferner auf Mitwirken an der Anmeldung der Abberufung eines wirksam abberufenen Geschäftsführers bzw. zur Anmeldung eines wirksam bestellten Geschäftsführers gegenüber dem Handelsregister gerichtet sein.¹⁴³ Antragsbefugt hierfür ist jeweils nur die Gesellschaft selbst. Deren materiell-rechtlicher Anspruch folgt aus der Treupflicht.

XI. Sonstige Fallgruppen einstweiligen Rechtsschutzes (Anträge eines Gesellschafters)

1. Verbot der Stimmrechtsausübung/Durchsetzung eines Stimmverbots

Eine effektive Möglichkeit, um Zweifel an der Wirksamkeit eines Abberufungsbeschlusses oder sonstigen Gesellschafterbeschlusses möglichst gar nicht aufkommen zu lassen, besteht darin, einem betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer schon vor der Gesellschafterversammlung die Ausübung seines Stimmrechts zu untersagen. Auf diese Weise können insbesondere gesetzliche oder vertragliche Stimmverbote durchgesetzt werden und der Gesellschafter wird daran gehindert, einen Vertrag zu brechen.¹⁴⁴ Auch hier ergibt sich der Verfügungsanspruch wieder aus der gesellschaftlichen Treupflicht und dem daraus folgenden Unterlassungsanspruch, das bei einer Abberufung aus wichtigem Grund geltende Stimmverbot zu ignorieren und der GmbH durch Vereitelung eines klaren und wirksamen Abberufungsbeschlusses Schaden zuzufügen.¹⁴⁵ Ein Verfügungsgrund liegt in diesen Fällen aber nur vor, wenn der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer wegen seiner gravierenden Pflichtverletzungen nicht bis zur erfolgreichen Durchführung einer Beschlussfeststellungsklage im Amt belassen werden kann.¹⁴⁶

2. Verbot der Vollziehung einer Abberufung

Aus der Treupflicht der Gesellschaft gegenüber ihrem Gesellschafter ergibt sich das Verbot, ein weiterhin im Amt befindliches Organmitglied zu behandeln, als ob es seine Geschäftsführerposition verloren hätte. Insbesondere kann der GmbH untersagt werden, den streitigen Abberufungsbeschluss zu vollziehen, ihn also gegenüber dem Betroffenen förmlich mitzuteilen.

Nach der Rechtsprechung ist bezüglich des Verfügungsanspruchs eines Gesellschafter-Geschäftsführers auf Unterlas-

135 Jaeger in Oppenländer/Trörlitzsch, Praxishandbuch GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 19 Rz. 147; OLG Frankfurt v. 19.9.1998 – 5 W 22/98, GmbHR 1998, 1126; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rz. 5.

136 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 17 = ZIP 2023, 908.

137 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 17 = ZIP 2023, 908.

138 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 73 = ZIP 2023, 908.

139 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 18 = ZIP 2023, 908.

140 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 18 = ZIP 2023, 908; vgl. ferner Fischer in MünchHdb/AG VII, 6. Aufl. 2020, § 19 Rz. 41.

141 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 19 = ZIP 2023, 908.

142 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 19 = ZIP 2023, 908; Altmeppen, 11. Aufl. 2023, § 43 GmbHG Rz. 44.

143 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 22 = ZIP 2023, 908.

144 OLG Koblenz v. 27.2.1986 – 6 U 261/86, ZIP 1986, 503, 504 = GmbHR 1986, 428; Wertenbruch in MünchKomm/GmbHG, 4. Aufl. 2023, Anh. § 47 GmbHG Rz. 459. Wohl auch Otte, NJW 2023, 1089, 1090.

145 Werner, NZG 2006, 761, 764.

146 Lutz, BB 2000, 833, 838.

sung der Vollziehung seiner Abberufung glaubhaft zu machen, dass

- der Beschluss der Gesellschafterversammlung, die über die Abberufung entschieden hat, unwirksam ist,
- insbesondere der Beschluss formal unwirksam ist oder – je nach dem gebotenen Prüfungsmaßstab – kein sachlicher bzw. kein wichtiger Grund für die Abberufung gegeben ist,
- es der Gesellschaft nicht unzumutbar ist, den Geschäftsführer weiterhin im Amt zu belassen und
- vor diesem Hintergrund bei Abwägung der gegenseitigen Interessen der Erlass einer einstweiligen Verfügung geboten ist.¹⁴⁷

3. Behandlung als Geschäftsführer nach streitigem Bestellungsbeschluss

- 115 Eine Treupflicht der Gesellschafter, eine wirksam zum weiteren Geschäftsführer bestellte Person auch tatsächlich als Geschäftsführer zu behandeln, besteht auch gegenüber sämtlichen Mitgesellschaftern und verleiht diesen jeweils eine entsprechende Antragsbefugnis.¹⁴⁸

4. Mitwirkung an Handelsregisteranmeldung

- 116 Ein Gesellschafter ist betreffend der Anmeldung der Abberufung bzw. Berufung gegenüber dem Handelsregister (nur) bei einem gegenüber der Gesellschaft selbst gerichteten Verfügungsantrag antragsbefugt.¹⁴⁹

5. Verbot der Handelsregisteranmeldung

- 117 Ein Gesellschafter, dessen Abberufung streitig ist, kann der GmbH auch die Anmeldung des Abberufungsbeschlusses zum Handelsregister untersagen lassen oder sie verpflichten, einen schon gestellten Eintragungsantrag zurückzunehmen. Wurde die Abberufung schon eingetragen, sollte der zu Unrecht abberufene Gesellschafter-Geschäftsführer auch seine Wiederanmeldung zum Handelsregister verlangen können;¹⁵⁰ der Verfügungsanspruch ergibt sich hier aus der gesellschaftlichen Treupflicht, die u.a. beinhaltet, keinen unwirksamen Abberufungsbeschluss durch Eintragung in das Handelsregister nach außen hin zu vollziehen. Als Verfügungsgrund ist der besondere Schaden glaubhaft zu machen, der durch die Eintragung des möglicherweise unwirksamen Berufungsbeschlusses im Handelsregister entsteht.¹⁵¹

- 118 § 16 Abs. 2 HGB verbietet dem Registergericht dabei eine Handelsregistereintragung, wenn durch eine rechtskräftige oder vollstreckbare Entscheidung des Prozessgerichts die Vornahme der Eintragung für unzulässig erklärt wurde. Dafür genügt auch ein Eintragungsverbot per einstweiliger Verfügung.¹⁵²

6. Sicherung von Organbefugnissen

- 119 Eine weitere Möglichkeit für einen Gesellschafter, dessen Abberufung als Geschäftsführer streitig ist, besteht darin, sich unabhängig von der Beschlussfassung und der Handelsregistereintragung einzelne rechtliche Kompetenzen und Geschäftsführungsbefugnisse zu sichern.¹⁵³ Das beinhaltet etwa die Sicher-

stellung des Zutritts zu Geschäftsräumen, zu Geschäftsunterlagen, zur IT oder die Untersagung des Verbots, gegenüber Mitarbeitern, Vertragspartnern oder Banken die Abberufung des Betroffenen als Geschäftsführer zu behaupten.

7. Anträge gegen einen Fremdgeschäftsführer?

Für die Antragsbefugnis des Gesellschafters bei Anträgen gegen einen Geschäftsführer kommt es darauf an, ob sich der Verfügungsantrag gegen einen Gesellschafter-Geschäftsführer oder gegen einen Fremdgeschäftsführer richtet. Nach den Grundsätzen der „*actio pro socio*“ bzw. „*actio pro societate*“ kann ein Gesellschafter ausnahmsweise eine Antragsbefugnis für Tätigkeitsverbote o.Ä. gegen einen Gesellschafter-Geschäftsführer haben.¹⁵⁴ Diese Grundsätze sind angesichts der grundsätzlichen Begrenzung der *actio pro societate* auf die Durchsetzung von Mitgliedschaftsrechten gegenüber anderen Gesellschaftern in einem einstweiligen Verfügungsverfahren gegen einen Fremdgeschäftsführer allenfalls anwendbar, wenn dies zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes des Gesellschafters erforderlich ist.¹⁵⁵ An dieser Voraussetzung fehlt es regelmäßig deshalb, weil die GmbH ihrerseits antragsbefugt ist.

Keine Antragsbefugnis hat ein Gesellschafter insbesondere gegenüber einem Fremdgeschäftsführer, eine wirksam zum weiteren Geschäftsführer bestellte Person auch tatsächlich als Geschäftsführer zu behandeln. Denn der Fremdgeschäftsführer steht nicht in unmittelbaren Rechtsbeziehungen zu den einzelnen Gesellschaftern und hat gegenüber dem einzelnen Gesellschafter keine unmittelbar wirkende Treupflicht.¹⁵⁶

XII. Sonstige Fallgruppen einstweiliger Rechtsschutzes (Anträge eines Organs)

1. Keine Antragsbefugnis eines Fremdgeschäftsführers zur Sicherung seiner Organstellung

In einer GmbH kann sich ein Fremdgeschäftsführer grundsätzlich nicht per einstweiliger Verfügung gegen eine Abberufung zur Wehr setzen. Dies folgt daraus, dass ein Fremdgeschäftsführer, der nach § 38 GmbHG jederzeit abberufen werden

147 BGH v. 11.2.2008 – II ZR 67/06, ZIP 2008, 597; OLG Hamm v. 18.9.2019 – 8 U 35/19, BeckRS 2019, 25244 Rz. 12.

148 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 20 = ZIP 2023, 908; BGH v. 5.6.1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15–21 Rz. 11.

149 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 23 = ZIP 2023, 908.

150 Werner, NZG 2006, 761, 763.

151 Lutz, BB 2000, 833, 837; Werner, NZG 2006, 761, 765.

152 Merkt in Hopt, 42. Aufl. 2023, § 16 HGB Rz. 5; Schaub in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2022, § 16 HGB Rz. 11.

153 OLG Stuttgart v. 18.12.1997 – 20 W 11/97, GmbHR 1997, 312; Lotz, NZG 2023, 498.

154 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 16 = ZIP 2023, 908; BGH v. 20.12.1982 – II ZR 110/82, BGHZ 86, 177–184 Rz. 14 = GmbHR 1983, 149; OLG München v. 18.10.2010 – 7 U 3343/10 Rz. 10, BeckRS 2011, 284.

155 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 16 = ZIP 2023, 908; BGH v. 25.1.2022 – II ZR 50/20, BGHZ 232, 275–283 Rz. 27 = GmbHR 2022, 691 m. Anm. Haase.

156 KG v. 8.12.2022 – 23 U 111/22, BeckRS 2022, 43146 Rz. 21 = ZIP 2023, 908; Altmeyen, 11. Aufl. 2023, § 43 GmbHG Rz. 45.

kann, in der Gesellschaft keine vorläufigen Interessen hat, die durch einstweilige Verfügung zu schützen sind. Insoweit gilt der Rechtsgedanke des § 84 Abs. 4 Satz 4 AktG entsprechend.¹⁵⁷

2. Keine Antragsbefugnis eines Fremdgeschäftsführers gegen Mitgeschäftsführer auf Einschränkung der Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis des anderen

- 123 Der von einem Fremdgeschäftsführer einer GmbH im eigenen Namen eingereichte Verfügungsantrag gegen seinen Mitgeschäftsführer ist mangels Prozessführungsbefugnis unzulässig, soweit der Verfügungsantrag allein auf die Sicherung materieller Ansprüche der GmbH abzielt.¹⁵⁸ Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH hat aus seiner Organstellung auch keinen (eigenen) individualrechtlich begründeten Unterlassungsanspruch gegen seinen Mitgeschäftsführer, aufgrund dessen er verlangen kann, dass die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Mitgeschäftsführers vorläufig einzuschränken ist.¹⁵⁹ Ebenso hat ein Fremdgeschäftsführer kein Widerspruchsrecht gegen Geschäftsführungsmaßnahmen eines Mitgeschäftsführers (§ 115 Abs. 1 HGB analog), da dieses Ausfluss der Mitgliedschaft als Gesellschafter und nicht der Geschäftsführerstellung als solches ist.¹⁶⁰

3. Sicherung von Organbefugnissen

- 124 Dagegen kann auch ein Fremdgeschäftsführer die ihm aufgrund einer bestehenden Organstellung zustehenden Befugnisse, insbesondere einen vollständigen und ungehinderten Informationszugang per einstweiliger Verfügung durchsetzen. Insoweit gilt das Prinzip „Jeder darf alles wissen“.¹⁶¹ Dieses umfassende Informationsrecht ist notwendige Folge der Überwachungspflicht und der Gesamtverantwortung jedes Geschäftsführers.

XIII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Bei der Vorbereitung von Zwangsmaßnahmen gegenüber Mitgesellschaftern muss berücksichtigt werden, dass der Angegriffene sich schon im Vorfeld einer Gesellschafterversammlung per einstweiligem Verfügungsantrag wehren kann. Das Mittel der Wahl für den Angreifer ist dann regelmäßig eine Schutzschrift zum zentralen Schutzschriftregister. Hierbei hat die Glaubhaftmachung der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des streitigen Beschlusses per eidesstattlicher Versicherung überragende Bedeutung. Umgekehrt wird der angegriffene Antragsteller in seinen Verfügungsantrag mittels einer möglichst detaillierten Versicherung an Eides statt glaubhaft machen, warum der Beschluss rechtswidrig bzw. nichtig ist.
2. Unter hohen Voraussetzungen kann mittels einstweiliger Regelungen bereits auf die Willensbildung der GmbH Einfluss genommen werden. Das erfordert regelmäßig eine eindeutige Rechtslage (z.B. einschlägige Stimmbindungsvereinbarung oder unzweifelhaft gegebenes Stimmverbot) oder ein überragendes Schutzbedürfnis des Antragstellers. Zumeist genügt jedoch die Verhinderung des Beschlussvollzugs. Die Untersagung der Beschlussausführung kann dabei

auch schon erfolgen, bevor der streitige Beschluss gefasst ist, wenn unmittelbar danach die Rechtsverletzung des Antragstellers droht.

3. Die für den Verfügungsgrund erforderliche Dringlichkeit muss in jedem Einzelfall konkret begründet werden. Allgemeinplätze genügen nicht.
4. Wie schnell der Antragsteller seinen Verfügungsantrag stellen muss, ist einzelfallabhängig. Bei Indizien für eine drohende Rechtsverletzung hat er Nachforschungspflichten. Unter Dringlichkeitsgesichtspunkten ist der Antragsteller jedenfalls bei Verfügungsanträgen, die innerhalb eines Monats nach Vorhersehbarwerden einer Rechtsverletzung gestellt werden, regelmäßig auf der sicheren Seite. Je länger der Antragsteller darüber hinaus mit seinem Antrag abwartet, desto eher fehlt es am Verfügungsgrund. Eine Vereinbarung der Gesellschafter, einen streitigen Beschluss nicht umzusetzen, bis die Rechtslage gerichtlich geklärt ist, führt nicht zu einer Selbstwiderlegung der Dringlichkeit, wenn sich ein anderer Gesellschafter später nicht an die Nichtumsetzungsvereinbarung hält und daher erst längere Zeit nach der Beschlussfassung eine einstweilige Verfügung beantragt wird.
5. Die Beurteilungskriterien für den Verfügungsgrund stehen in Wechselwirkung zueinander: Ist der Verfügungsanspruch eindeutig oder läuft der Nichterlass einer Leistungsverfügung letztlich auf eine endgültige Rechtsschutzverweigerung hinaus, so ist die Schwelle niedriger anzusetzen, als wenn die Rechtslage zugunsten des Antragstellers nicht völlig zweifelsfrei ist.
6. Richtet sich der Verfügungsantrag gegen einen bloß anfechtbaren Beschluss, so liegt ein Verfügungsgrund nur vor, wenn der Antragsteller innerhalb der Anfechtungsfrist Beschlussmängelklage erhebt bzw. glaubhaft macht, dass eine fristgerechte Klageerhebung erfolgen wird.
7. Ein Verfügungsanspruch gegen die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste kann sich aus § 823 Abs. 1 BGB (Eingriff in die Mitgliedschaft) i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB ergeben. Der Verfügungsgrund wird häufig daraus folgen, dass der nicht mehr in der Gesellschafterliste Ausgewiesene keine Mitgliedschaftsrechte mehr wahrnehmen kann, so dass die übrigen Gesellschafter die GmbH ohne seine Kenntnis und ohne seinen Einfluss umgestalten können. Die Anforderungen an den Verfügungsgrund dürfen dabei nicht überspannt werden.
8. Gelingt es dem betroffenen Gesellschafter nicht rechtzeitig, die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zu verhin-

157 OLG Hamm v. 17.9.2001 – 8 U 126/01, NZG 2002, 50 = GmbHHR 2002, 327; Jaeger in Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl. 2020, § 19 Rz. 147; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in Scholz, 13. Aufl. 2022, § 38 GmbHG Rz. 79; vgl. auch BGH v. 8.11.2022 – II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 Rz. 21 = GmbHHR 2023, 334 m. Anm. Schirrmacher.

158 Saarl. OLG v. 14.6.2023 – 1 U 91/22, juris. Rz. 52

159 Saarl. OLG v. 14.6.2023 – 1 U 91/22, juris. Rz. 75

160 Saarl. OLG v. 14.6.2023 – 1 U 91/22, juris. Rz. 84

161 So wörtlich OLG Koblenz v. 22.11.2007 – 6 U 1170/07, GmbHHR 2008, 37, 38.

dern, kann ein Beseitigungsanspruch auf Wiedereinreichung der früheren Gesellschafterliste im einstweiligen Rechtsschutz verfügt werden. Oft wird es als mittleres Mittel aber schon ausreichen, der Gesellschaft die Berufung auf die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste zu untersagen.

9. Passivlegitimiert für Unterlassungsansprüche im Zusammenhang mit einer unrichtigen Listeneinreichung ist die GmbH, nicht deren Geschäftsführer persönlich. Eine Ausnahme gilt nach der Entscheidung des BGH vom 8.11.2022 nur bei Gesellschafter-Geschäftsführern, vorausgesetzt, dass in der unrichtigen Listeneinreichung zugleich auch ein gezielter Missbrauch und damit eine vorsätzliche gesellschaftlerliche Treupflichtverletzung liegt.
10. Auch bei einer durch Urteil ergehenden einstweiligen Verfügung ist eine Zustellung im Parteibetrieb zwingend erforderlich. Wird die einmonatige Vollziehungsfrist (§§ 936, 929 Abs. 2 ZPO) versäumt, so ist die einstweilige Ver-

fügung unheilbar unwirksam. Eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt über beA ist ausreichend, wenn das Verfügungs-urteil zusammen mit der verbundenen Signaturdatei zugestellt wird.

Dr. Rolf Leinekugel

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Partner bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte PartmbB, Stuttgart

Schwerpunkte: Gesellschaftsrecht, M&A, Schiedsverfahren

leinekugel@oppenlaender.de

www.oppenlaender.de



Dr. Sandra Körner / Dr. Dietmar Rendels

Sanierungsberatung: Vermeidung von Haftungsrisiken

GMBHR0061304

Geschäftsleiter und (Sanierungs-)Berater, die in einer Ertrags- oder Liquiditätskrise einer GmbH oder GmbH & Co KG agieren, werden bei einem Fehlschlag der außergerichtlichen Sanierung, bei ungewollter Insolvenz, häufig gemeinsam in Anspruch genommen. Kern der Anspruchsbegründung eines Insolvenzverwalters ist regelmäßig die Behauptung, Überschuldung oder Zahlungsfähigkeit seien nicht (zutreffend) geprüft und verkannt worden. Potentielle Anspruchsgegner bei den Beratern sind sowohl betriebswirtschaftlich als auch juristisch tätige Berufsgruppen. Geschäftsleiter und Berater sollten im gemeinsamen Interesse typische „Stolpersteine“ rechtzeitig erkennen. Der Beitrag versteht sich dabei als Praxisbericht und Checkliste zur Vermeidung typischer Fehler. Die frühzeitige und oft einfache Beachtung von Aspekten u.a. des Versicherungsschutzes, der Dokumentation und zu klaren Mandatsabreden vermeidet aufwendige (Rechts-) Streitigkeiten.

I. Dokumentierte Prüfung der (mangelnden) Insolvenzureife

1. Insolvenzantragspflicht bei juristischen Personen (§ 15a InsO)

- 1 Wird eine juristische Person (also z.B. eine AG oder GmbH) oder eine rechtsfähige Personengesellschaft¹ ohne natürliche Person als „Voll-Hafter“ (z.B. GmbH & Co KG)² zahlungsunfähig oder überschuldet i.S.d. §§ 17, 19 InsO, haben die Geschäftsleiter zu beachten, dass dies den Beginn der Insolvenzantragsfrist auslöst (§ 15a Abs. 1 InsO). Für Juristen ist das grundsätzlich eine Selbstverständlichkeit. Diese gesetzliche

Ausgangslage sei hier trotzdem einleitend betont, weil in der Praxis – viel zu oft – die Insolvenzzgründe und die Insolvenzantragspflicht „verschlafen“ werden. Der Insolvenzantrag ist bei objektiv erkennbarem³ Eintritt der Insolvenzureife ohne schuldhaftes Zögern zu stellen. Nach § 15a Abs. 1 Satz 2 InsO betragen die Höchstfristen für die Insolvenzantragstellung im Fall der Zahlungsunfähigkeit drei Wochen, bei Vorliegen einer Überschuldung bisher sechs Wochen.

Nach dem sog. „Gesetz zur vorübergehenden Anpassung sanierungs- und insolvenzrechtlicher Vorschriften zur Abmilderung von Krisenfolgen“ (SanInsKG), § 4a, beträgt die Antragsfrist bei Überschuldung bis zum 31.12.2023 nunmehr acht Wochen.⁴ Die bei Überschuldung verkürzte Antragsfrist greift nur,

1 Vgl. zur (nur) redaktionellen Anpassung von § 15a Abs. 1 Satz 3 InsO im Zuge des MoPEG zum 1.1.2024 Sorg in Braun, 9. Aufl. 2022, § 15 InsO Rz. 9.

2 Zu den erfassten Gesellschaften Klöhn in MünchKomm/InsO, 4. Aufl. 2019, § 15a InsO Rz. 47 ff.

3 BGH v. 27.3.2012 – II ZR 171/10, GmbHR 2012, 746 m. Anm. Blöse = NZI 2012, 567 Rz. 19 (zu § 64 GmbHG a.F.): „...spätestens Ende August 2003 zahlungsunfähig und dies für den Bekl. erkennbar war...“; strenger Klöhn in MünchKomm/InsO, 4. Aufl. 2019, § 15a InsO Rz. 118, 119: Fristbeginn ab objektivem Eintritt der Insolvenzureife, auch bei Überschuldung; „Korrektur“ nach Klöhn ggf. auf Verschuldensebene; dort auch zum Meinungsstand; vgl. IDW ES 11 Rz. 4: „Bereits nach der bisherigen Rechtsprechung und nun in § 1 Abs. 1 StaRUG verankert, müssen sich die gesetzlichen Vertreter stets über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft vergewissern, um Hinweise auf eine Insolvenzgefahr erkennen zu können“.

4 BGBl. I 1967 v. 31.10.2022 mit Inkrafttreten insoweit zum 9.11.2022; vgl. dazu Schluck-Amend/Nann/Hübler, GmbHR 2023, R340.