

Titel:

Rückforderung einer vom Gesellschafter veranlassten Zahlung von dem Geschäftskonto einer GmbH auf dessen Privatkonto

Normenketten:

BGB § 242, § 273 Abs. 1, Abs. 3, § 393, § 743, § 745, § 746, § 812 Abs. 1 S. 1, § 1922, § 2033, § 2038 Abs. 1 S. 1, S. 2

GmbHG § 18 Abs. 1, § 46 Nr. 2, Nr. 8, § 60 Abs. 1 Nr. 2, § 73 Abs. 2, § 51a, § 51b

ZPO § 139, § 156 Abs. 2 Nr. 2, § 253 Abs. 2 Nr. 2, § 256, § 260, § 263, § 264, § 296a, § 533, § 580 Nr. 4, Nr. 7b

AktG § 99 Abs. 1, § 132 Abs. 3 S. 1

Leitsätze:

- 1. Für eine analoge Anwendung des § 46 Nr. 8 Fall 1 GmbHG bezogen auf alle Ansprüche der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter, der nicht Geschäftsführer ist, ist mangels Regelungslücke kein Raum. (Rn. 29) (redaktioneller Leitsatz)**
- 2. Die Verletzung eigener Pflichten durch den Gläubiger führt nur zu Gegenansprüchen des Schuldners und hindert den Gläubiger nicht nach § 242 BGB an der Geltendmachung eines eigenen Anspruchs. (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)**
- 3. Die Verfolgung des Informationsrechts nach § 51a GmbHG stellt keine notwendige, weil fristgebundene Maßnahme dar, sondern gehört zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses. (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)**
- 4. Ein Zurückbehaltungsrecht gegen eine Herausgabeanspruch, der auf der Verletzung einer gesellschaftsrechtlichen Treupflicht wegen einer eigenmächtigen Überweisung von Gesellschaftsvermögen auf ein Privatkonto beruht, ist nach Treu und Glauben ausgeschlossen. (Rn. 51) (redaktioneller Leitsatz)**
- 5. Wenn das Abstimmungsergebnis nicht durch einen Versammlungsleiter festgestellt worden ist, kann der Streit über den Inhalt und das Zustandekommen eines Beschlusses einer GmbH nur mit der allgemeinen Feststellungsklage geklärt werden. (Rn. 56) (redaktioneller Leitsatz)**
- 6. Für den Gesellschafter besteht keine Möglichkeit, Auskunftsansprüche aus § 51a GmbHG wahlweise in einem Verfahren der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit geltend zu machen. (Rn. 66) (redaktioneller Leitsatz)**
- 7. Im Aktivprozess über Vermögensrechte ist eine bereits gelöschte Gesellschaft schon deshalb parteifähig, weil sie mit der Klage Vermögensrechte für sich geltend macht. (Rn. 73) (redaktioneller Leitsatz)**

Schlagworte:

Auflösung, Erbengemeinschaft, GmbH, Gesellschafterversammlung, Treu und Glauben, Verletzung der Treupflicht, Auskunft, unerlaubte Handlung, Zurückbehaltungsrecht

Vorinstanz:

LG München II, Endurteil vom 15.12.2016 – 14 O 2053/16

Fundstellen:

GmbHR 2018, 196

GmbH-StB 2018, 85

ZInsO 2018, 1112

LSK 2017, 130751

BeckRS 2017, 130751

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Landgerichts München II vom 15.12.2016, Az. 14 O 2053/16, berichtigt durch Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 05.10.2017, Az. 23 U 239/17, in Ziff. I und IV wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 646.585,07 zzgl. Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 26.04.2016 zu bezahlen. Ziff. IV des Endurteils des Landgerichts München II vom 15.12.2016 wird aufgehoben. Die Widerklage wird abgewiesen.

II. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts München II vom 15.12.2016, Az. 14 O 2053/16, berichtigt durch Beschluss des Oberlandesgerichts München vom 05.10.2017, Az. 23 U 239/17, wird zurückgewiesen.

III. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

IV. Dieses Urteil und das in Ziff. 1 genannte Urteil des Landgerichts München II sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus diesen Urteilen jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

1

Die Klägerin fordert die Rückzahlung einer von der Beklagten veranlassten Überweisung von dem Geschäftskonto der Klägerin auf ihr Privatkonto. Die Beklagte begehrt Auskunft gemäß § 51a GmbHG und beantragt widerklagend die Feststellung, dass die Auflösung der Klägerin durch Gesellschafterbeschluss im Frühjahr 2016 beschlossen worden sei.

2

Die Klägerin ist eine GmbH, die sich unter anderem mit der Durchführung von Fremdgeldgeschäften beschäftigt. Mehrheitsgesellschafter ist der Alleingeschäftsführer B. I. mit einem Gesellschaftsanteil von 75%. Der Mitgesellschafter J. K., der zu 25% an der Klägerin beteiligt war, verstarb am 12.02.2015 und wurde beerbt durch seine Ehefrau, die Beklagte, sowie deren minderjährige Tochter M. K. Die Erbengemeinschaft ist bislang ungeteilt.

3

Ab November 2015 kam es zwischen den anwaltlichen Vertretern des Geschäftsführers der Klägerin sowie der Beklagten zu einem Schriftwechsel über die Zukunft der Klägerin, wobei sowohl eine Auflösung als auch der Ankauf der Geschäftsanteile der Beklagten und ihrer Tochter durch den Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer I. diskutiert wurden, ohne dass es zu einer Einigung kam. Nach der Auffassung der Beklagten wurde von den Gesellschaftern der Klägerin im Frühjahr 2016 die Auflösung der Klägerin beschlossen.

4

Die C.-bank H. kündigte u.a. hinsichtlich des Geschäftskontos der Klägerin (Nr. ...430/00) eine Kontosperrung ab 01.04.2016 an. Die Beklagte wies die Buchhalterin der Klägerin an, von diesem Geschäftskonto der Klägerin einen Betrag von USD 741.083,48 (nach dem Wechselkurs vom 18.03.2016 entsprechend einem Betrag von € 646.585,07) auf ein privates Konto der Beklagten zu überweisen. Als Verwendungszweck war angegeben: „Liquidationssicherung treuhänderisch“. Die Beklagte war zu diesem Zeitpunkt nicht Geschäftsführerin und besaß auch keine Kontovollmacht für Konten der Klägerin. Die Überweisung wurde am 18.03.2016 ausgeführt. Zu diesem Zeitpunkt befand sich auf diesem Geschäftskonto ein Guthaben von knapp USD 3 Mio.

5

Mit anwaltlichen Schreiben der Klägerin vom 14.04.2016 (Anlage K5) und 26.04.2016 (Anlage K8) wurde die Beklagte zur Rückzahlung aufgefordert. Dies lehnte sie ab.

6

Die Klägerin ist der Auffassung, dass kein Liquidationsbeschluss zustande gekommen sei und die Beklagte sich den Betrag eigenmächtig und ohne Rechtsgrund verschafft habe. Bei dem Guthaben auf dem Geschäftskonto habe es sich um Fremdgeld gehandelt, was der Beklagten auch bekannt gewesen sei. Der von der Beklagten vereinnahmte Betrag entspreche nicht annähernd dem im Rahmen einer Liquidation zu erwartenden Gewinnanteil der Beklagten, der sich allenfalls auf einen Bruchteil belaufen würde.

7

Hinsichtlich der Widerklage ist die Klägerin der Meinung, dass diese bereits unzulässig wegen Fehlens der Konnexität im Sinne von § 33 ZPO sei. Ferner fehle es an der Parteiidentität. Die Beklagte könne wegen § 18 Abs. 1 GmbHG eine derartige Widerklage nur gemeinsam mit ihrer minderjährigen Tochter erheben, zu deren Vertretung sie aber in diesem Zusammenhang nicht berechtigt sei. Ferner sei nicht die Klägerin, sondern der Mitgesellschafter I. passiv legitimiert und die Widerklage verfristet, da § 246 Abs. 1 AktG analog anwendbar sei.

8

Die Klägerin hat beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin € 646.585,07 (entspricht USD 741.083,48 zum Wechselkurs vom 18.03.2016) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 18.03.2016 sowie vorgerichtliche Rechtsverfolgungskosten in Höhe von € 5.942,51 zu bezahlen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

9

Die Beklagte hat beantragt,

Klageabweisung Widerklagend hat die Beklagte beantragt,

Es wird festgestellt, dass die Auflösung der Klägerin und der Widerbeklagten durch Gesellschafterbeschluss der Beklagten und Widerklägerin, handelnd für sich und ihre minderjährige Tochter M. K., und Herrn B. I. im Frühjahr 2016 beschlossen wurde.

10

Die Beklagte behauptet, dass zwischen den Gesellschaftern im Frühjahr 2016 formlos die Auflösung der Klägerin beschlossen worden sei. Die streitgegenständliche Überweisung auf ein privates Konto der Beklagten stehe im Zusammenhang mit dieser Auflösung der Klägerin und sei zur Sicherung der Liquidation erfolgt. Der Beklagten sei nicht bekannt, wo der auf dem Konto vorhandene Restbetrag von etwa USD 2,3 Mio verblieben sei. Der Beklagten dränge sich der Eindruck auf, dass der Geschäftsführer der Klägerin das Konto für eigene zweifelhafte Geldtransfers genutzt habe. Daher habe dieser seine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verletzt, so dass die Einforderung des Betrages durch die Klägerin treuwidrig sei. Ferner verlange die Klägerin die Rückzahlung, ohne offen zu legen, wo der Restbetrag des Kontoguthabens verblieben sei. Auch der auf den Mehrheitsgesellschafter I. entfallende Anteil des Stammkapitals sei nicht eingezahlt, der spätestens im Rahmen der Liquidation einzufordern wäre.

11

Die Klage sei ferner unbegründet, da sie ohne vorhergehenden Gesellschafterbeschluss erhoben worden sei. Die Regelungen des § 46 Nr. 2 und Nr. 8 GmbHG seien vorliegend zumindest analog anwendbar.

12

Das Landgericht, auf dessen tatsächliche Feststellungen nach § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat dem Zahlungsantrag der Klägerin nebst Zinsen stattgegeben, Zug um Zug gegen Erteilung von Auskunft u.a. über die gesamte Geschäftsführung des Geschäftsführers I., insbesondere seit dem Tod des Ehemannes der Beklagten am 12.02.2015, über sämtliche Transferzahlungen der Klägerin zwischen Januar 2015 und März 2016 sowie über den Verbleib der ca. USD 2,3 Mio von dem mittlerweile aufgelösten Konto der Klägerin bei der C.-bank H. Ferner hat es die Beklagte zur Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 5.922,51 verurteilt. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Der Widerklage hat das Landgericht in vollem Umfang stattgegeben.

13

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klägerin könne nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB von der Beklagten die Rückzahlung des eingeklagten Betrages verlangen, dies jedoch nur Zug um Zug gegen Erteilung der gewünschten Auskünfte. Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, über die Konten der GmbH eigenmächtig zu verfügen. Soweit die Beklagte missbräuchliche Verfügungen des Geschäftsführers I. befürchtet habe, sei diesem im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu begegnen gewesen. Die Klägerin verhalte sich nicht treuwidrig im Sinne von § 242 BGB. Jedoch stehe der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht aufgrund des Auskunftsanspruchs aus § 51a GmbHG zu. Dieses sei konkludent geltend gemacht worden, da die Beklagte im Rechtsstreit ausdrücklich darauf verweise, dass sie ihrerseits keine Kenntnis insbesondere über den Verbleib des restlichen Guthabens, aber auch über die von dem Geschäftsführer getätigten Geschäfte habe. Die begehrte Auskunft sei bisher nicht erteilt worden. Die Widerklage sei zulässig, insbesondere könne die Beklagte diese aus der Erbengemeinschaft mit ihrer minderjährigen Tochter allein erheben, § 18 Abs. 1 GmbHG stehe dem nicht entgegen. Die Widerklage sei auch begründet. Ein Beschluss über die Auflösung der GmbH könne auch mündlich gefasst werden, spätestens sei die Einigung mit anwaltlichem Schreiben des Geschäftsführers der Klägerin vom 04.04.2016 (Anlage K16) erfolgt. Die Klägerin sei passivlegitimiert und die Widerklage nicht verspätet, da die Monatsfrist des § 246 Abs. 1 AktG vorliegend nicht anwendbar sei.

14

Gegen dieses Urteil haben sowohl die Klägerin als auch die Beklagte Berufung eingelegt.

15

Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung gegen die Verurteilung zur Zahlung des gegenständlichen Betrages sowie der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten und beantragt die Verurteilung zur Auskunft gemäß § 51 a GmbHG als eigenständigen Antrag.

16

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie habe den Betrag vor dem unwiederbringlichen Zugriff des Geschäftsführers bewahren und vorläufig sichern wollen. Das Landgericht hätte zu ihren Gunsten berücksichtigen müssen, dass sie zu einer Überweisung beispielsweise auf ein Notaranderkonto bereit sei, wenn der Geschäftsführer der Klägerin das verbleibende Guthaben von USD 2,3 Mio zur Liquidation zur Verfügung stelle. Im Zeitpunkt der Überweisung habe sich der auf Auflösung gerichtete Wille beider Parteien bereits nach außen manifestiert, spätestens am 03.03.2016 hätten die entsprechenden Willenserklärungen der Gesellschafter der Klägerin zur Auflösung vorgelegen. Das Landgericht habe sich nur unzureichend mit der Treuwidrigkeit auseinandergesetzt. Der Geschäftsführer der Klägerin verfolge vorrangig Eigeninteressen und gebe keine Auskunft über das verbliebene Guthaben von etwa USD 2,3 Mio. Er verlange von der Beklagten die Rückzahlung, die er selbst verweigere. Dies verstoße gegen die gesellschaftliche Gleichbehandlung. Die Klage sei ferner unbegründet, da kein Gesellschafterbeschluss gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG vorliege. Mangels Hauptanspruchs sei sie auch nicht zur Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verpflichtet, sie habe sich auch nicht pflichtwidrig verhalten.

17

Die Beklagte beantragt unter Abänderung des am 15.12.2016 verkündeten und am 21.12.2016 zugestellten Urteils des Landgerichts München II, Az. 14 O 2053/16,

die Klage der Klägerin abzuweisen;

unter Aufrechterhaltung der Verurteilung der Klägerin gemäß Ziff. I des Tenors des Urteils des Landgerichts, nunmehr nicht mehr Zug-um-Zug, sondern unbedingt, zur Erteilung von Auskunft über:

– die gesamte Geschäftsführung des Herrn B. I., insbesondere seit dem Tod des Ehemanns der Beklagten, J. K., am 12.02.2015;

– sämtliche Transferzahlungen der Klägerin zwischen Januar 2015 und März 2016, hierbei insbesondere die konkrete Beauftragung und Rechtsgrundlage der jeweiligen Zahlung;

– die jeweilige Höhe der für jede Transferzahlung erhaltenen Provision sowie deren Verbleib und den Grund, weshalb seit Oktober 2015 keine Provisionen mehr einbehalten wurden;

– sämtliche bestehenden Konten der Klägerin im In- und Ausland mit aktuellem Kontostand zum 28.02.2017;

– Verbleib der ca. 2,3 Mio USD vom mittlerweile aufgelösten Konto der Klägerin bei der C.-bank Hof (Kontonummer: ...430/00).

18

Ergänzend beantragt sie:

– Die Klägerin hat sämtliche der vorstehenden Auskünfte schriftlich zu belegen (lückenlose Vorlage der Kontosauszüge etc.) und die Belege der Beklagten in Abschrift zu übergeben sowie dieser am Sitz der Gesellschaft Einsicht in die Original-Belege zu gestatten.

– Über die jeweils genannten Zeitpunkte hinaus haben sich sämtliche Auskünfte und Belege auf den gegenwärtigen Zeitpunkt (hilfsweise auf den Zeitpunkt der Rechtskraft der Endentscheidung im vorliegenden Rechtsstreit) zu erstrecken.

19

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten kostenpflichtig zurückzuweisen.

20

Die Klägerin verteidigt das angegriffene Urteil und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Schon aufgrund der Chronologie gebe es keinen Zusammenhang zwischen einer angeblichen Auflösung der Gesellschaft und der unberechtigten Überweisung.

21

Mit ihrer Berufung wendet sich die Klägerin gegen die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung unter Einschränkung Zug um Zug gegen Auskunftserteilung und begehrt unbedingte Zahlung sowie die Abweisung der Widerklage. Das Landgericht habe zu Unrecht die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts angenommen, die Beklagte habe nicht angekündigt, dass sie die Zahlung bis zur Auskunft verweigern wolle. Es liege kein fälliger Gegenanspruch vor. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sei aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sowie angesichts der faktischen Vereitelung der Durchsetzung des Zahlungsanspruchs rechtsmissbräuchlich, da die geforderte Auskunftserteilung über die gesamte Geschäftsführung zu unbestimmt sei. Ferner sei der Rechtsgedanke des § 273 Abs. 2 BGB anwendbar, da ein grober Verstoß der Beklagten gegen ihre Treuepflichten als Mitgesellschafterin vorliege. Die Widerklage sei unbegründet, da ausweislich des Schreibens vom 07.04.2016 (Anlage K18) ersichtlich sei, dass ein Beschluss im schriftlichen Umlaufverfahren gefasst werden solle. Eine Vertretung der minderjährigen Tochter durch die Beklagte sei nicht zulässig. Das Landgericht sei zu Unrecht von der Passivlegitimation der Klägerin ausgegangen.

22

Die Klägerin beantragt,

1. das am 15.12.2016 verkündete Urteil des Landgerichts München teilweise zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin € 646.585,07 zzgl. Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 26.04.2016 zu zahlen;

2. das am 15.12.2016 verkündete Urteil des Landgerichts München teilweise zu ändern und die Widerklage abzuweisen.

23

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

24

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie ist der Ansicht, sie habe mehrfach klargemacht, dass die Klägerin den Klagebetrag wegen der verweigerten Auskunft nicht verlangen könne. Sie ist weiterhin der Auffassung, sie habe keine vorsätzliche unerlaubte Handlung begangen. Die Staatsanwaltschaft habe das Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Ferner habe sie mehrfach vorgetragen, dass der Betrag vollständig vorhanden sei. Das Landgericht habe der Widerklage zutreffend stattgegeben.

25

Ergänzend wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und das Sitzungsprotokoll vom 05.10.2017 (Bl. 365 ff d.A.) Bezug genommen.

II.

26

Die zulässige Berufung der Beklagten ist in der Sache ohne Erfolg, so dass sie zurückzuweisen ist. Die zulässige Berufung der Klägerin ist in vollem Umfang erfolgreich.

27

1. Die Berufung der Beklagten ist insoweit erfolglos, als sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von € 646.585,07 wendet. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB einen Anspruch auf Rückzahlung in Höhe von € 646.585,07 aufgrund der unberechtigten, von der Beklagten veranlassten Überweisung am 18.03.2016 von dem Geschäftskonto der Klägerin auf ihr Privatkonto besitzt.

28

1.1. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klage nicht bereits deshalb unbegründet, weil kein Gesellschafterbeschluss gemäß § 46 Nr. 8 1. Alt. GmbHG vorliegt.

29

Zwar ist bei Klageerhebung ohne einen erforderlichen Gesellschafterbeschluss die Klage wegen Fehlens einer materiellen Anspruchsvoraussetzung als unbegründet abzuweisen (Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 46 Rn. 61), für die vorliegende Klage gegen die Beklagte als Mitgesellschafterin in ungeteilter Erbengemeinschaft war ein derartiger Beschluss jedoch nicht erforderlich. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass § 46 Nr. 8 1. Alt. GmbHG nach dem Wortlaut schon nicht einschlägig ist, da die Regelung nur die Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus der Gründung oder Geschäftsführung gegen den Geschäftsführer oder Gesellschafter betrifft, was vorliegend nicht der Fall ist. Soweit sich die Beklagte auf höchstrichterliche Rechtsprechung beruft (BGH, Urteil vom 21.04.1986 – II ZR 165/85 –, BGHZ 97, 382-391, Rn. 18), bezieht sich diese allein auf Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer. Für eine analoge Anwendung bezogen auf alle Ansprüche der Gesellschaft gegen einen Gesellschafter, der - wie vorliegend - nicht Geschäftsführer ist, ist entgegen der Ansicht der Beklagten mangels Regelungslücke kein Raum. Die Vorschrift des § 46 Nr. 8 1. Alt. GmbHG ist eine eng gefasste Regelung hinsichtlich der Befassung der Gesellschafterversammlung und der Einschränkung der Befugnis des Geschäftsführers. Der Zweck der Regelung besteht zum einen in der Schonung von Gesellschaftern und Organmitgliedern, zum anderen im Schutz der Gesellschaft vor Erörterung innerer Angelegenheiten der Gesellschaft in Außenverhandlungen und Rechtsstreitigkeiten (Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 46 Rn. 61). Bei eigenmächtiger Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen bedarf es jedoch eines derartigen Schutzes des Gesellschafters und damit der Befassung der Gesellschafterversammlung nicht, so dass eine analoge Anwendung des § 46 Nr. 8 1. Alt. GmbHG vorliegend nicht veranlasst ist.

30

1.2. Die von der Beklagten veranlasste Überweisung ist ohne Rechtsgrund erfolgt, § 812 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. BGB. Zutreffend und unangegriffen von der Berufung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Beklagte unstreitig weder Geschäftsführerin noch zur Liquidatorin bestellt gewesen sei. Sie war daher nicht berechtigt, über die Konten der Klägerin ohne entsprechende Weisung des Geschäftsführers oder ohne einen Gesellschafterbeschluss eigenmächtig zu verfügen. Die Rüge der Beklagten, das Landgericht habe verkannt, dass die Überweisung der Sicherung des Liquidationserlöses gedient habe, da sich im Zeitpunkt der Überweisung der auf Auflösung gerichtete Wille beider Parteien nach außen manifestiert habe, da spätestens am 03.03.2016 die entsprechenden Willenserklärungen der Gesellschafter der Klägerin zur Auflösung vorgelegen hätten, greift nicht. Es kann offen bleiben, ob überhaupt ein Beschluss über die Liquidation der Klägerin gefasst wurde, da nicht ersichtlich ist, ob und in welcher Höhe ein derartiger Liquidationserlös überhaupt bestehen würde. In welcher Höhe ein Liquidationsüberschuss bestehen könnte, hat die Beklagte schon nicht hinreichend dargelegt.

31

Ein Anspruch auf Liquidationserlös entsteht, wenn die Gesellschaft aufgelöst ist und sich nach Umsetzung des Gesellschaftsvermögens in Geld, Befriedigung der Gläubiger oder Sicherheitsleistung nach § 73 Abs. 2 GmbHG ein Liquidationsüberschuss ergibt, wobei der Anspruch (erst) fällig ist, sobald die weiteren Voraussetzungen des § 73 (Ablauf des Sperrjahres) erfüllt sind (Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 72 Rn. 2). Ein Rückschluss – wie ihn die Beklagte vornimmt – allein aus der Höhe eines Guthabens auf einem Geschäftskonto kann nicht gezogen werden.

32

Im Übrigen begründet die Besorgnis, der eigene Anspruch auf einen Liquidationsüberschuss werde vereitelt, keine Befugnis, eigenmächtig die Überweisung von Firmengeldern zu veranlassen. Hierfür hält der einstweilige Rechtsschutz ausreichende Möglichkeiten bereit.

33

1.3. Der Einwand der Beklagten, die Rückforderung des streitgegenständlichen Betrages stelle sich als rechtsmissbräuchlich gemäß § 242 BGB dar, verfängt nicht, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat. Die Rügen der Berufung der Beklagten hiergegen greifen nicht durch.

34

Jede Rechtsausübung hat sich in den Grenzen von Treu und Glauben zu halten. So ist die Forderung einer Leistung gemäß § 242 BGB unzulässig, wenn sie aus einem anderen Rechtsgrund an den Schuldner zurückerstattet werden muss (*dolo facit, qui petit, quod redditurus est*; vgl. BGH, Urteil vom 21.12.1989 – X ZR 30/89 –, BGHZ 110, 30-35, Rn. 20). Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt dieser Grundsatz vorliegend nicht zur Anwendung, da die insoweit darlegungs- und beweisbelastete (vgl. Grüneberg in: Palandt, BGB, 76. Aufl., § 242 Rn. 21) Beklagte schon nicht ausgeführt hat, ob und in welcher Höhe sich ein Liquidationsüberschuss nach den maßgeblichen Vorschriften (§§ 72 ff GmbHG) errechnet.

35

Soweit die Beklagte dem Geschäftsführer der Klägerin vorwirft, sich geschäftsschädigend zu verhalten sowie das restliche Guthaben auf dem gegenständlichen Konto von etwa 2,3 Mio USD vereinnahmt zu haben und demzufolge befürchtet, dass kein Liquidationserlös verbleibt, rechtfertigt dies nicht den vorliegenden Akt der Selbsthilfe durch die Beklagte. § 242 BGB stellt entgegen der Ansicht der Beklagten keine Grundlage dar.

36

Inwieweit die Vorwürfe der Beklagten gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin, die die Klägerin bestreitet, zutreffen, bedarf vorliegend keiner Klärung. Zwar kann die Ausübung eines Rechts in Anwendung von § 242 BGB nach Treu und Glauben im Einzelfall unzulässig sein, wenn dem Berechtigten eine mit seinem Anspruch in engem Zusammenhang stehende schwerwiegende Verletzung eigener Pflichten zur Last fällt. Davon abgesehen führt die Verletzung eigener Pflichten durch den Gläubiger jedoch nur zu Gegenansprüchen des Schuldners und hindert den Gläubiger nicht an der Geltendmachung seines Anspruchs (BGH, Urteil vom 04.12.2014 – VII ZR 4/13 –, Rn. 33, juris, m.w.Nw.). Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Vorwürfe der Beklagten auf den Geschäftsführer der Klägerin abzielen, jedoch nicht auf die Klägerin, die Anspruchsinhaberin hinsichtlich der geltend gemachten Rückzahlung ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Geschäftsführer der Klägerin, auch wenn er Mehrheitsgesellschafter der Klägerin ist, nicht mit der Klägerin selbst als eigenständiger juristischer Person gleichzusetzen.

37

Ebenso wenig stellt sich unter dem Blickwinkel der gesellschaftlicher Treuepflicht die Geltendmachung des Anspruchs durch die Klägerin als missbräuchliche Rechtsausübung im Sinne des § 242 BGB dar, auch wenn der Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der Klägerin selbst vergleichbaren Rückzahlungsforderungen der Gesellschaft ausgesetzt sein sollte. Eine derartige eigene Verbindlichkeit des Geschäftsführers der Klägerin gegenüber der Gesellschaft führt mangels Gegenseitigkeit schon nicht zu einer Beschränkung des von der Klägerin geltend gemachten Sozialanspruchs unter dem Gesichtspunkt eines Zurückbehaltungsrechts der Beklagten gemäß § 273 BGB; umso weniger lässt sich aus § 242 BGB allein wegen des Bestehens einer Sozialverbindlichkeit des einen Gesellschafters ein vollständiger Ausschluss des Sozialanspruchs gegen den anderen Gesellschafter, der zu Lasten des Gesellschaftsvermögens gehen würde, ableiten (vgl. BGH, Urteil vom 08.11.1999 – II ZR 197/98 –, Rn. 5,

juris). Insofern ist auch nicht relevant, dass die Beklagte behauptet, den überwiesenen Betrag nur vorläufig sichern zu wollen.

38

Gleichwohl ist die Beklagte als Mitgesellschafterin in ungeteilter Erbengemeinschaft gegenüber etwaigen Pflichtverletzungen des Mitgesellschafters und Geschäftsführers der Klägerin nicht rechtlos gestellt. Der Auffassung der Beklagten, dass der vorliegende Fall als Sonderfall zu würdigen sei, der nicht mit den gesellschaftsrechtlichen Mitteln und Instrumenten lösbar, sondern als Ausnahmesachverhalt nach der Wertung von Treu und Glauben zu beurteilen sei, kann daher nicht gefolgt werden. Der Beklagten als Teil der Erbengemeinschaft stehen insofern die gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen (einstweiliger Rechtsschutz, Tätigkeitsverbot für den Geschäftsführer, Abberufung als Geschäftsführer) zur Verfügung. Dem Informationsbedürfnis der Beklagten ist durch die Regelung des § 51a GmbHG hinreichend Genüge getan.

39

1.4. Demgegenüber hat die Berufung der Klägerin Erfolg, da der Beklagten kein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB im Hinblick auf einen Auskunftsanspruch gemäß § 51a GmbHG zusteht.

40

1.4.1. Jedenfalls in zweiter Instanz hat die Beklagte die Einrede gemäß § 273 BGB erhoben.

41

Zweifelhaft ist, ob die Ausführungen der Beklagte in erster Instanz tatsächlich als konkludente Einrede des Zurückbehaltungsrechtes zu bewerten sind, wovon das Landgericht ausgegangen ist.

42

Die Einrede gemäß § 273 BGB kann zwar auch durch schlüssige Handlung erhoben werden (vgl. BGHZ 47, 157, 167); es muss jedoch - schon wegen der Abwendungsbefugnis der Klägerin nach § 273 Abs. 3 BGB - immer erkennbar sein, dass und insbesondere in welcher Höhe ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt wird (vgl. RGZ 77, 436, 438; BGH, Urteil vom 27.10.1982 – V ZR 136/81 –, Rn. 14, juris). Dies ist dem erstinstanzlichen Vortrag der Beklagten nicht zu entnehmen. Soweit die Beklagte in der Berufungserwiderung vom 05.09.2017 (S. 7 ff, Bl. 279 ff d.A.) ausführt, sie habe in erster Instanz mehrfach klargemacht, dass die Klägerin wegen der verweigerten Auskunft den Betrag nicht verlangen könne und insbesondere ausgeführt, dass die Klägerin Zahlung des Betrags verlange und gleichzeitig aber nicht offen lege, wo sich das restliche Guthaben befinde, geht daraus nicht hinreichend erkennbar die (bloße) Verweigerung der Zahlung bis zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs hervor, vielmehr zielt der Vortrag auf die dauerhafte Verweigerung der Rückzahlung unter Heranziehung von § 242 BGB ab.

43

Diese Frage kann aber letztlich offen bleiben. Die Beklagte hat nämlich unter anderem beantragt, die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. Damit hat sie zum Ausdruck gebracht, sie mache sich die Ausführungen des Landgerichts jedenfalls hilfsweise zu eigen (vgl. BGH, Urteil vom 20.04.1990 – V ZR 282/88 –, BGHZ 111, 158-167, Rn. 8).

44

1.4.2. Ein Zurückbehaltungsrecht scheidet vorliegend jedoch deshalb aus, weil der von der Beklagten nach § 51a GmbHG geltend gemachte Auskunftsanspruch nicht der Beklagten, sondern der Erbengemeinschaft als Mitgesellschafterin, bestehend aus der Beklagten und ihrer minderjährigen Tochter, zusteht.

45

Das Zurückbehaltungsrecht setzt einen Anspruch des Schuldners gegen den Gläubiger voraus. Es müssen sich somit – wie bei der Aufrechnung – zwei Forderungen gegenüberstehen, die des Gläubigers gegen den Schuldner (der gegenüber das Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wird) und die des Schuldners gegen den Gläubiger (auf die das Zurückbehaltungsrecht gestützt wird); (Krüger in: Münchener Kommentar, BGB, 7. Aufl., § 273 Rn. 8). An der erforderlichen Gegenseitigkeit mangelt es vorliegend, da der Auskunftsanspruch gemäß § 51a GmbHG der Erbengemeinschaft nach dem verstorbenen Gesellschafter J. K. zusteht und gemäß § 18 GmbHG nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden kann.

46

Der Beklagten und ihrer Tochter steht das Vermögen des Erblassers J. K. in ungeteilter Erbengemeinschaft zur gesamten Hand zu (§§ 1922, 2033 BGB). Damit sind sie an dem Geschäftsanteil jeder mitberechtigt zur gesamten Hand, so dass sie alle selbst Gesellschafter sind (Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 5. Aufl. § 18 Rn 5). Als solche sind sie aber ungeteilt mitberechtigt am Geschäftsanteil im Sinne des § 18 Abs. 1 GmbHG und können daher ihre Rechte nur gemeinschaftlich ausüben. Zu diesen aus der Gesellschafterstellung erwachsenden Rechten gehört auch das Informationsrecht nach § 51a GmbHG (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2013 – 7 W 76/13 –, Rn. 14, juris).

47

Die Verwaltung des ungeteilten Nachlasses obliegt nach § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB den Erben gemeinschaftlich, so dass sie zusammen das handlungsfähige Organ des Sondervermögens Nachlass darstellen. Gemäß § 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB finden die Vorschriften der §§ 743, 745, 746 BGB Anwendung (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16. Dezember 2013 – 7 W 76/13 –, Rn. 19, juris).

48

Die Beklagte kann daher den Auskunftsanspruch nicht alleine geltend machen. Vorliegend handelt es sich auch nicht um eine notwendige Erhaltungsmaßnahme nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz BGB. Soweit sich die Beklagte auf das Urteil des BGH vom 12.06.1989 (Az. II ZR 246/88 –, BGHZ 108, 21-32, Rn. 26) bezieht, wonach nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB jeder Miterbe notwendige Erhaltungsmaßnahmen ohne Mitwirkung der anderen treffen und daher auch alleine Anfechtungsklage erheben kann, handelt es sich um einen nicht vergleichbaren Sachverhalt. Das Informationsrecht nach § 51a GmbHG stellt keine notwendige, weil v.a. fristgebundene Maßnahme dar, sondern gehört zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses (so auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 16.12.2013 – 7 W 76/13 –, Rn. 21, juris).

49

1.4.3. Ferner ist zudem vorliegend die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts aus der Natur des Schuldverhältnisses ausgeschlossen. Auch das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. 1 BGB darf als besonderer Anwendungsfall des Verbots unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise ausgeübt werden (BGH, Urteil vom 26.10.2016 – VIII ZR 211/15 –, Rn. 37, juris, m.w. Nw.)

50

Mangels hinreichender Anhaltspunkte für eine vorsätzliche unerlaubte Handlung der Beklagten durch Veranlassung der gegenständlichen Überweisung scheidet ein Zurückbehaltungsrecht zwar nicht analog § 393 BGB, zumal die Beklagte mit Schriftsatz vom 02.10.2017 (S. 16, 20, Bl. 351, 355 d.A.) – unbestritten von der Klägerin - vorgetragen hat, dass ihr anwaltlicher Berater ihr geraten habe, den Transfer auf ihr Konto vorzunehmen, so dass ein vermeidbarer Rechtsirrtum anzunehmen ist, der zwar Fahrlässigkeit begründet, da auch für die Beklagte erkennbar war, dass die Summe des Guthabens auf dem gegenständlichen Konto keinen „Gewinn“ im Sinne eines Liquidationserlöses darstellt, aber den Vorsatz entfallen lässt.

51

Jedoch ist vorliegend die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts gemäß § 242 BGB wegen der Natur des Schuldverhältnisses ausgeschlossen. Die Natur des Gläubigeranspruchs kann gemäß § 242 BGB das Zurückbehaltungsrecht ausschließen, so beispielsweise, gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten (Grüneberg in: Palandt, BGB, 76. Aufl., § 273 Rn. 16 m.w.Nw.). Der darin liegende Grundgedanke, dass schon kein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht werden kann, wenn die Herausgabepflicht auf einer vertraglichen Grundlage der Geschäftsbesorgung beruht, ist auf eine Herausgabepflicht wegen einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht aufgrund einer eigenmächtigen Überweisung von Gesellschaftsvermögen auf ein Privatkonto übertragbar.

52

1.5. Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286, 288 Abs. 1 Satz 2 BGB, der Anspruch auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten beruht auf § 280 BGB. Die Beklagte handelte durch die Veranlassung der Überweisung fahrlässig (s.o., Ziff. 1.4.3). Im Hinblick darauf, dass das Landgericht hinsichtlich des Beginns der Zinszahlungspflicht und der Höhe der vorgerichtlichen Anwaltskosten jeweils geringfügig die Klageanträge abgewiesen hat, bleibt die von dem Landgericht in Ziff. III des Urteils ausgesprochene Klageabweisung im Übrigen bestehen.

53

2. Die Berufung der Klägerin gegen die Stattgabe der Widerklage der Beklagten durch das angegriffene Urteil ist erfolgreich.

54

Das Landgericht hat der auf Feststellung gerichteten Widerklage der Beklagten, dass die Auflösung der Klägerin durch Gesellschafterbeschluss der Beklagten, handelnd für sich und ihre minderjährige Tochter M. K., und des Herrn B. I. im Frühjahr 2016 beschlossen worden sei, zu Unrecht stattgegeben. Die Berufung der Klägerin hiergegen ist daher erfolgreich.

55

2.1. Vorliegend handelt es sich um einen allgemeinen Feststellungsantrag im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO im Wege der Widerklage.

56

Wenn - wie vorliegend - das Abstimmungsergebnis nicht durch einen Versammlungsleiter festgestellt worden ist, kann der Streit über den Inhalt und das Zustandekommen eines Beschlusses nur mit der allgemeinen Feststellungsklage geklärt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 04.05.2009 – II ZR 169/07 –, Rn. 19, juris).

57

2.2. Der Feststellungsantrag hinsichtlich des Zustandekommens eines Liquidationsbeschlusses im Frühjahr 2016 im Wege der Widerklage ist mangels zeitlicher Bestimmtheit jedoch unzulässig, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.

58

Das Erfordernis eines bestimmten Antrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) gilt als eine die Ordnungsmäßigkeit der Klageerhebung betreffende Prozessvoraussetzung auch für die Feststellungsklage nach § 256 ZPO. Der Kläger muss deshalb in seinem Antrag das Rechtsverhältnis, dessen Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden soll, so genau bezeichnen, dass über dessen Identität und damit über den Umfang der Rechtskraft des begehrten Feststellungsanspruchs keinerlei Ungewissheit herrschen kann. Ein Feststellungsantrag, der diesem Erfordernis nicht genügt, ist unzulässig und unterliegt, wenn der Kläger den Mangel - gegebenenfalls auf richterlichen Hinweis (§ 139 ZPO) - nicht behebt, der Abweisung durch Prozessurteil (BGH, Urteil vom 04.10.2000 – VIII ZR 289/99 –, Rn. 35, juris).

59

Rechtsfolge eines Auflösungsbeschlusses gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG ist der Eintritt der Gesellschaft in das Liquidationsstadium. Der Zeitpunkt dieses Eintritts muss bestimmt bzw. bestimmbar sein, da sich hieran weitreichende Folgen anschließen. So sind für die Liquidations-Eröffnungsbilanz und den erläuternden Bericht auf den Tag der Auflösung der Gesellschaft aufzustellen, § 71 Abs. 1 GmbHG (Haas in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 71 Rn. 14). Wann die Gesellschaft zur Gesellschaft in Liquidation wird, richtet sich nach dem Inhalt des Beschlusses. Schweigt der Beschluss über den Zeitpunkt, so wird er sofort wirksam (Schmidt/Bitter in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 60 GmbHG, Rn. 18; Haas in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 60 Rn. 21).

60

Indem die Beklagte die Feststellung des Liquidationsbeschlusses „im Frühjahr 2016“ und damit zu einem nicht genau bezeichneten Zeitpunkt beantragt, hat sie das ihrem Antrag zugrunde liegende Rechtsverhältnis nicht hinreichend konkret bezeichnet, so dass der Feststellungsantrag im Wege der Widerklage unzulässig ist.

61

Hierauf hat der Senat in der mündlichen Verhandlung vom 05.10.2017 die Beklagte hingewiesen, woraufhin die Beklagtenvertreterin erklärte, dass es bei der Antragstellung verbleibe (s. S. 2 des Sitzungsprotokolls, Bl. 366 d.A.).

62

3. Die Berufung der Beklagten ist auch insoweit ohne Erfolg, als sie in zweiter Instanz die Widerklage erweiterte, indem sie erstmalig einen Antrag gemäß § 51b GmbHG auf gerichtliche Entscheidung über das

Auskunftsrecht gemäß § 51a GmbHG stellte. Diese Erweiterung ist gemäß §§ 533, 260 ZPO eine unzulässige Klagehäufung mangels gleicher Prozessart.

3.1. Die Beklagte hat im Rahmen der Berufungsbegründung vom 21.03.2017 (Bl. 189 ff d.A.) erstmals einen (unbedingten) Auskunftsantrag gemäß § 51a GmbHG gestellt. Dies stellt eine Widerklageerweiterung in der Berufungsinstanz dar.

63

Eine nachträgliche Klagehäufung ist wie eine Klageänderung zu behandeln (BGH, Urteil vom 10.01.1985 – III ZR 93/83 –, Rn. 20, juris m.w.Nw.). Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Klageänderung oder Klageerweiterung richten sich nach den §§ 263, 264, 533 ZPO (BGH, Beschluss vom 20.09.2016 – VIII ZR 247/15 –, Rn. 18, juris m.w.Nw.). Diese Grundsätze gelten ebenso für die Widerklage.

64

Der Widerklageantrag gerichtet auf Verurteilung zur Auskunft gemäß § 51a GmbHG ist vorliegend unzulässig, da die besonderen Voraussetzungen der Klagenhäufung nach § 260 ZPO nicht gegeben sind. Die Zulässigkeit der Verbindung von Klageanträgen ist von Amts wegen zu prüfen. Voraussetzung dafür ist unter anderem die Zuständigkeit des Prozessgerichts für sämtliche Ansprüche und dieselbe Prozessart (Reichold in: Thomas/Putzo, ZPO, 38. Aufl., § 260 Rn. 12). Unter Gleichheit der Prozessart ist nicht die Klageart, sondern die Verfahrensregelung zu verstehen (Greger in: Zöller, ZPO, 31. Aufl., § 260 ZPO, Rn. 2).

65

Vorliegend ist für einen Antrag gemäß § 51b GmbHG auf gerichtliche Entscheidung über das Auskunftsrecht gemäß § 51a GmbHG nicht dieselbe Prozessart gegeben, da insoweit die Verfahrensregelungen des FamFG zur Anwendung gelangen.

66

Auskunftsansprüche des Gesellschafters einer GmbH nach § 51a GmbHG können gemäß § 51b GmbHG ausschließlich im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß § 51 b GmbHG, §§ 132 Abs. 3 Satz 1, 99 Abs. 1 AktG geltend gemacht werden. Insbesondere besteht für den Gesellschafter keine Möglichkeit, Auskunftsansprüche aus § 51 a GmbHG wahlweise in einem Verfahren der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit geltend zu machen (BGH, Beschluss vom 22.05.1995 – II ZB 2/95 –, Rn. 12, juris). Für das sog. Auskunftserzwingungsverfahren ist das Landgericht als Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 71 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. b GVG) im Übrigen ausschließlich zuständig (Schmidt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 51b GmbHG, Rz. 17).

67

Die Widerklageerweiterung ist daher unzulässig.

68

3.2. Offen bleiben kann daher, ob die in der Berufungsinstanz erfolgte Widerklageerweiterung sachdienlich im Sinne von § 533 Abs. 1 Nr. 2 ZPO ist, wenn – wie vorliegend – für den neuen Antrag eine andere Prozessart gegeben ist.

69

4. Gründe für die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO aufgrund des nicht nachgelassenen Schriftsatzes der Beklagten vom 20.10.2017 (Bl. 370 ff d.A.) sind nicht gegeben. Die darin enthaltenen Ausführungen sind nach § 296a ZPO verspätet.

70

4.1. Entgegen der Ansicht der Beklagten liegen die Voraussetzungen von § 156 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht vor. Die nachträglich vorgetragenen Tatsachen, nämlich die Löschung der Klägerin wegen Vermögenslosigkeit gemäß § 394 FamFG am 21.11.2016 im Handelsregister (Anlage KB 12) sowie die unterbliebene Mitteilung durch die Klägerin, bilden weder einen Wiederaufnahmegrund im Sinne von § 580 Nr. 4 ZPO noch im Sinne von § 580 Nr. 7b ZPO.

71

Inwieweit die Voraussetzungen der Restitutionsgründe im Sinne von § 580 Nr. 4 und Nr. 7b ZPO vorliegen, kann dahingestellt bleiben. Die in § 580 ZPO aufgeführten Restitutionsgründe stellen nämlich nur dann einen Wiederaufnahmegrund dar, wenn zwischen ihnen und dem Erlass der Vorentscheidung ein

ursächlicher Zusammenhang besteht (BGH MDR 88, 566). Der Restitutionsgrund muss zu der Vorentscheidung in solcher Beziehung stehen, dass er dem Urteil eine der Grundlagen entzieht, auf denen es beruht (Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Aufl., § 580 ZPO, Rn. 5).

72

Das ist vorliegend nicht der Fall. Entgegen der Ansicht der Beklagten bestehen die Partei- und Prozessfähigkeit der Klägerin im Sinne von §§ 50, 51 ZPO auch im Falle der Eintragung ihrer Löschung im Handelsregister wegen Vermögenslosigkeit gemäß § 394 FamFG während des laufenden Rechtsstreits fort, so dass das neue Vorbringen nicht entscheidungserheblich ist.

73

Im Aktivprozess über Vermögensrechte ist eine bereits gelöschte Gesellschaft schon deshalb parteifähig, weil sie mit der Klage Vermögensrechte für sich geltend macht (BGH, Urteil vom 25.10.2010 – II ZR 115/09 –, Rn. 22, juris). Im Übrigen kommt auch im Aktivprozess die Erwägung zum Zuge, dass jedenfalls noch über Kostenerstattungsansprüche zu entscheiden ist. (Schmidt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (Bde. 1, 2, 3), § 74 GmbHG, Rn. 17b).

74

Der Passivprozess – vorliegend hinsichtlich der Widerklage der Beklagten - kann ebenso fortgesetzt werden und endet entweder mit einem Titel gegen die (dann evtl. endgültig vermögenslose und erloschene) GmbH oder mit einem Kostentitel gegen den Kläger (hier: die Beklagte und Widerklägerin). Zwar ist die gelöschte Gesellschaft wegen Fortfalls ihrer Organe prozessunfähig. Aber im Anwaltsprozess führt dies nach §§ 241, 246 ZPO nicht zur Unterbrechung des Rechtsstreits. Eine Prozessvollmacht gilt nach § 86 ZPO fort. Die Gesellschaft kann auch Rechtsmittel einlegen (vgl. Schmidt in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. (Bde. 1, 2, 3), § 74 GmbHG, Rn. 17b).

75

Da somit auch unter Zugrundelegung der im Handelsregister am 21.11.2016 eingetragenen Löschung der Klägerin die Partei- und Prozessfähigkeit fortbesteht, stellt dieser Umstand keinen kausalen Wiederaufnahmegrund dar. Insoweit kann auch dahingestellt bleiben, ob die Eintragung der Löschung der Klägerin im Handelsregister wieder gelöscht wurde, wie die Klagepartei mit Schriftsatz vom 02.11.2017 vorgetragen hat.

76

4.2. Ferner besteht auch im Übrigen kein Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO.

77

Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung aufgrund neuen, nicht gemäß § 283 ZPO nachgelassenen Vorbringens ist - von dem Sonderfall eines Wiederaufnahmegrundes abgesehen - nur dann geboten, wenn dieses Vorbringen ergibt, dass es aufgrund eines nicht prozessordnungsmäßigen Verhaltens des Gerichts, insbesondere einer Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) oder des Anspruchs auf rechtliches Gehör nicht rechtzeitig in den Rechtsstreit eingeführt worden ist. Im Übrigen steht der Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung im freien Ermessen des Gerichts (BGH, Urteil vom 28.10.1999 – IX ZR 341/98 –, Rn. 7, juris, m.w.Nw.).

78

Die Voraussetzungen gemäß § 156 Abs. 2 Nr. 1 und 3 ZPO liegen nicht vor und werden auch nicht geltend gemacht. Ein Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 Abs. 1 ZPO besteht nicht, zumal da sich die nach Schluss der mündlichen Verhandlung von der Beklagten vorgetragene Löschung der Klägerin am 21.11.2016 weder auf deren Prozessnoch Parteifähigkeit auswirkt.

79

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

80

6. Die Revision war nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung.