

**Titel:**

**Einstweilige Untersagungsverfügung gegen abberufenen Gesellschafter-Geschäftsführer einer Zwei-Personen-GmbH – Übergang ins Urteilsverfahren in der Beschwerdeinstanz**

**Normenketten:**

GmbHG § 38 Abs. 2, § 46 Nr. 8

HGB § 15

ZPO § 264 Nr. 2

**Leitsätze:**

1. Nach sofortiger Beschwerde gegen die Ablehnung einer einstweiligen Verfügung ist ein Übergang in das Urteilsverfahren noch in der Beschwerdeinstanz möglich. Das Berufungsgericht entscheidet nach mündlicher Verhandlung durch Urteil, gegen das keine ordentlichen Rechtsmittel gegeben sind. (Rn. 39 und 69)

2. Besteht Streit über die Wirksamkeit der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers, kann durch einstweilige Verfügung ein Tätigkeitsverbot und ein Verbot der Ausübung der Organtätigkeit ausgesprochen werden, wenn glaubhaft gemacht ist, dass wichtige Gründe für eine sofortige Abberufung des Geschäftsführers vorlagen und die Abberufung wirksam beschlossen ist. Parteien eines solchen Verfügungsverfahrens sind grundsätzlich die Gesellschaft, vertreten durch die gem. § 46 Nr. 8 GmbHG bestimmten Vertreter, und der abberufene Geschäftsführer. In einer Zwei-Mann-GmbH kann die einstweilige Verfügung indes unabhängig von den Mehrheitsverhältnissen in der Gesellschaft auch im Weg einer Gesellschafterklage beantragt werden. (Rn. 42 – 43)

3. Gegen einen wirksam aus wichtigem Grund abberufenen Gesellschafter-Geschäftsführer besteht ein Anspruch auf Unterlassung der weiteren Geschäftsführertätigkeit. Dieser ergibt sich primär nachwirkend aus dessen Organbestellung und den mitgliedschaftlichen Treuepflichten der Gesellschafter. (Rn. 49)

4. Ein Verfügungsgrund kann sich aus der Tatsache ergeben, dass sich der abberufene Geschäftsführer weiterhin als Geschäftsführer der Gesellschaft geriert und ihm die Rechtsscheinwirkung des § 15 HGB zur Seite steht (vgl. BGH NJW 1983, 938 (939)). (Rn. 66)

**Schlagworte:**

Zwei-Personen-GmbH, Gesellschafter-Geschäftsführer, Abberufung aus wichtigem Grund, einstweilige Verfügung, Untersagung, actio pro socio, Verfügungsgrund, Registerpublizität, sofortige Beschwerde, Übergang ins Urteilsverfahren

**Vorinstanz:**

LG München I, Beschluss vom 15.03.2023 – 10 HK O 2702/23

**Fundstellen:**

WuB 2024, 482

WM 2024, 1526

BeckRS 2023, 44437

LSK 2023, 44437

NZG 2024, 831

RFamU 2024, 274

**Tenor**

1. Auf die sofortige Beschwerde der Verfügungsklägerin wird der Beschluss des Landgerichts München I vom 15.03.2023, Az. 10 HK O 2702/23, abgeändert:

Dem Verfügungsbeklagten wird aufgegeben, es – bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu einer Höhe von EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten – zu unterlassen, bis zur Entscheidung in der Hauptsache

a) die Geschäfte der P. GmbH mit Sitz in ..., eingetragen im Handelsregister des ... unter HRB ..., geschäftsansässig ..., zu führen und diese Gesellschaft zu vertreten,

b) die Geschäftsräume der P. GmbH mit Sitz in ..., eingetragen im Handelsregister des ... unter HRB ..., in der ...-Straße in ..., zu betreten.

2. Der Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Verfügungsklägerin begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes dem Verfügungsbeklagten zu untersagen, die Geschäfte der P. GmbH mit Sitz in ... zu führen und diese Gesellschaft zu vertreten sowie die Geschäftsräume dieser Gesellschaft zu betreten.

2

Die Verfügungsklägerin und der Verfügungsbeklagte sind Gesellschafter der P. GmbH mit Sitz in ... (im Folgenden: „Gesellschaft“), die im Rahmen eines Franchise-Systems ein Fachgeschäft betreibt. Hinsichtlich des Gesellschaftsvertrags wird Anlage ASt 3 in Bezug genommen. Die Verfügungsklägerin hält 51% der Geschäftsanteile an der Gesellschaft. Der Verfügungsbeklagte hält 49% der Geschäftsanteile an der Gesellschaft. Er war gleichzeitig alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft.

3

2021 führte die Verfügungsklägerin mit der A.-Software in der Franchise-Zentrale sowie in allen Eigen- und nahezu allen Franchise-Betrieben, einschließlich der Gesellschaft, eine neue Branchensoftware ein, mit der alle Arbeitsabläufe in der Kundenverwaltung, Warenwirtschaft, Buchhaltung, Fakturierung, Stammdaten und der Terminplanung abgebildet werden können.

4

In der Filiale der Gesellschaft in ... weisen mehrere PCs einen A.-Software-Zugang auf. Lediglich einer der Rechner hat die in der A.-Software vorgesehene Kassenfunktion, die Eintragungen im sog. Barkassenbuch ermöglicht.

5

Die Parteien streiten um die Bewertung der folgenden drei Komplexe:

1. Die Verfügungsklägerin ließ am 25.10.2022 einen sog. Testkauf in der Filiale der Gesellschaft durchführen. Die Testkäuferin wurde durch den Verfügungsbeklagten unterstützt von einem Mitarbeiter bedient. Sie kaufte eine Sonnenbrille für 160 € und zahlte in bar. Im EDV-System wurde insofern am 25.10.2022 ein Verkaufsprozess für das fragliche Brillengestell an „M.“ angelegt, aber nicht abgeschlossen. Eine Abbildung im Barkassenbuch fand am 25.10.2022 nicht statt.

Am 31.10.2022 hat der Verfügungsbeklagte den offenen EDV-Datensatz verändert. Er lautet inzwischen auf einen Verkauf an „F.“ und enthält neben dem Brillengestell (Preis 164,90 EUR) noch zwei Gleitsichtgläser für je 348 EUR. Der Datensatz weist zusätzlich Rabatte in Höhe von insgesamt 380,90 EUR und einen resultierenden Gesamtpreis von 480 EUR aus.

Außerdem enthält der Datensatz folgende Notiz, die der Verfügungsbeklagte am 07.11.2022 erstellt hat:

„eig. Kunststoff Fassung in Lila gekauft in China

Fassung falsch eingegeben, gehört zu Auftrag M.

A.-Software ging nicht“

Am 07.11.2022 legte der Verfügungsbeklagte einen neuen Buchungssatz für „M.“ an. Im Notizfeld zu dem Buchungssatz trug er folgende Notiz ein:

„HB ...

...

Sonnenbrille nicht im Bestand, deshalb per Auftrag kassiert

verkauft am 25.10.2022 ging damals nicht zu kassieren. A.-Software ging nicht.

EDV konnte bis heute nicht helfen...

27“

Sodann verbuchte der Verfügungsbeklagte den für die Sonnenbrille vereinnahmten Kaufpreis in Höhe von 160 € im Barkassenbuch.

Die Rechnungsstellung an Frau F. erfolgte am 09.11.2022.

2. Im EDV-System wurde zum Kaufvorgang 10537-22 Folgendes notiert:

„Kundin bekommt von ihrer Versicherung die Gläser komplett bezahlt und einen Teil der Fassung. Deshalb wurde der Auftrag mit den normalen Gläsern ohne Rabattierung geschrieben und der Preis der RayBan Fassung auf den anderen Auftrag geschrieben, dass die Kundin mehr erstattet bekommt.“ Verantwortliche Verkäuferin war die Mitarbeiterin ...

3. Der Verfügungsbeklagte verkaufte im Oktober 2022 zwei Brillen für einen Gesamtpreis von 816,70 € an Frau S. Hierzu wurden in der EDV im Kundenkonto von Frau S. zwei Verkaufsvorgänge angelegt: für eine „... Brille“ mit Gläsern für insgesamt 516,70 € und für eine „... Brille“ mit Gläsern für insgesamt 300 €. Außerdem hat der Verfügungsbeklagte in der EDV kurzzeitig die Kundendaten im Kundenstamm von Frau S. überschrieben und hat eine Rechnung über 816,70 € für die ... Brille an den Vater der Kundin ausgestellt. Diese Rechnung, die der Vater im Gefolge durch Überweisung bezahlt hat, hat der Verfügungsbeklagte in der EDV wieder storniert; die Kundendaten der Tochter S. wiederhergestellt. Am 31.10.2022 wurde je eine Rechnung für jede Brille adressiert an Frau S. erstellt und der Kundin schließlich ausgehändigt.

6

Am 23.05.2014 erfolgte durch die Verfügungsklägerin in einem Schreiben an die Gesellschaft „z. Hd. Geschäftsführer ... vertraulich/persönlich“ eine Abmahnung (Anlage ASt 12).

7

Auf Grund eines Einberufungsverlangens der Verfügungsklägerin vom 12.12.2022 (zum Inhalt wird Anlage AG 10 in Bezug genommen) lud der Verfügungsbeklagte unter dem 24.12.2022 für den 03.02.2023 zu einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung ein (Anlage AG 11). Mit Schreiben vom 26.01.2023 (Anlage AG 12) verlegte er die Gesellschafterversammlung auf den 17.02.2023 um 15.00 Uhr, nachdem eine anwaltliche Vertreterin der Verfügungsklägerin mitgeteilt hatte, dass beide Geschäftsführer der Verfügungsklägerin am 03.02.2023 nicht verfügbar seien (Anlage ASt 5a). Mit Schreiben des Prozessvertreters der Verfügungsklägerin an den Prozessvertreter des Verfügungsbeklagten vom 16.02.2023 erläuterte dieser die Gründe für die Abberufung aus Sicht der Verfügungsklägerin (Anlage ASt 7).

8

An der Gesellschafterversammlung am 17.02.2023 nahmen je ein anwaltlicher Vertreter der Parteien teil. Zunächst wurde mit der Mehrheit der Stimmen der Vertreter der Verfügungsklägerin als Versammlungsleiter bestimmt. Im weiteren Verlauf stimmte der Vertreter der Verfügungsklägerin dafür, dass der Verfügungsbeklagte aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer der Gesellschaft abberufen wird (TOP 2a) und vorsorglich ordentlich mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer der Gesellschaft abberufen wird (TOP 2b). Außerdem stimmte er dafür, dass dem Verfügungsbeklagten mit sofortiger Wirkung Hausverbot für die Geschäftsräume der Gesellschaft erteilt wird (TOP 4b). Der Vertreter des Verfügungsbeklagten stimmte jeweils dagegen und widersprach der Beschlussfeststellung. Zu den Einzelheiten wird das Protokoll der Gesellschafterversammlung in Anlage ASt 8 in Bezug genommen.

9

Die Abberufungserklärung ging dem Verfügungsbeklagten spätestens am 24.02.2023 zu.

10

Der Verfügungsbeklagte führt die Geschäfte der Gesellschaft nach wie vor und hält sich in den Geschäftsräumen der Gesellschaft auf.

## 11

Die Verfügungsklägerin hat zu den o. g. Tatkomplexen weiter Folgendes vorgetragen:

1. Der Verfügungsbeklagte habe den am 25.10.2022 in bar vereinnahmten Kaufpreis von 160 € weder im Kassen-/Buchungssystem verbucht noch im Barkassenbuch abgebildet, sondern die Brillenfassung durch die von ihm am 31.10.2022 durchgeführte Buchungsmanipulation aus der EDV ausgebucht, um ihn für private Zwecke zu vereinnahmen. Erst nachdem der Verfügungsbeklagte von der Durchführung von Testkäufen in Joint-Venture-Filialen der Verfügungsklägerin erfahren habe, habe er die 160 € am 07.11.2023 [wohl richtig: 2022] nachträglich im Buchungssystem verbucht.

Der Vortrag des Verfügungsbeklagten zu vermeintlichen EDV-Problemen sei unzutreffend, wie nicht zuletzt die zahlreichen Buchungsvorgänge am 25.10.2022 und in den Folgetagen belegten.

2. Der zweite Vorgang offenbare selbst dann, wenn der Verfügungsbeklagte nicht selbst mit dem Vorgang betraut gewesen sein sollte, dass er seine Pflichten als Geschäftsführer zur Verhinderung und zum Abstellen von Compliance-Verstößen verletzt habe.

3. Der Verfügungsbeklagte habe die Rechnung an den Vater von Frau S. am 25.10.2022 erstellt, aber bereits am 24.10.2022 auf dessen Kundenkonto zugegriffen. Zunächst hatte die Verfügungsklägerin behauptet, dass die Handlungen dazu gedient hätten, dass der Vater die fiktive Rechnung bei seiner Krankenversicherung einreichen könne. In Reaktion auf den Vortrag des Beklagten hat sie behauptet, dass mit den Handlungen dem Vater eine firmenseitig absetzbare und in der Höhe nicht gerechtfertigte Rechnung verschafft werden sollte. Die Rechnungsnummer „RE-095-2557-22“ sei im Dezember 2022 erneut für eine Rechnung an eine andere Kundin vergeben worden.

## 12

Die Abmahnung sei 2014 wegen mehrfachen Kundenbetrugs erfolgt. Der Verfügungsbeklagte habe seinerzeit Kunden, die Brillengläser der damals so bezeichneten Kategorie X. gekauft hätten, Gläser der günstigeren Kategorie Y., die über eine weniger gute Funktionalität bei der Ferne, beim Lesen oder im Zwischenbereich verfügten und deshalb günstiger gewesen seien, zum Preis der X.-Gläser in deren Brillen eingesetzt, ohne diese hierüber zu informieren.

## 13

Die Verfügungsklägerin hat die Auffassung vertreten, dass in Anbetracht der eklatanten Verstöße ein wichtiger Grund zur Abberufung vorliege und jedenfalls die zusätzlich vorsorglich beschlossene ordentliche Abberufung wirksam sei. Der mehrheitlich ad hoc bestellte Versammlungsleiter sei zur verbindlichen Beschlussfeststellung befugt. Der Verfügungsbeklagte habe wiederholt und in strafrechtlich relevanter Weise gegen seine Pflichten als Geschäftsführer und Gesellschafter der Gesellschaft verstoßen, die Gesellschaft und die Verfügungsklägerin bewusst geschädigt und gleichzeitig deren Ruf und Kredit jedenfalls massiv gefährdet. Der Verfügungsgrund ergebe sich aus der massiven Gefährdung der Gesellschaftsinteressen. Vor dem Hintergrund der Verfehlungen unter Ausnutzung seiner Geschäftsführungsposition sei ernsthaft zu befürchten, dass der Verfügungsbeklagte weiterhin die Gesellschaft nachhaltig und unwiderruflich schädige und seine Handlungen verschleierte. Wegen der Dringlichkeit könne die Verfügungsklägerin zumindest bis zur Bestellung eines besonderen Vertreters das Verfügungsverfahren im eigenen Namen als actio pro socio betreiben.

## 14

Die Verfügungsklägerin hat in erster Instanz beantragt, dem Verfügungsbeklagten im Wege einer einstweiligen Verfügung aufzugeben, es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu unterlassen, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen und diese Gesellschaft zu vertreten, bis in einer noch abzuhaltenden Gesellschafterversammlung der Gesellschaft ein Vertreter der Gesellschaft nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG bestellt werden kann, sowie die Geschäftsräume der Gesellschaft zu betreten.

## 15

Der Verfügungsbeklagte hat die Zurückweisung der einstweiligen Verfügung beantragt.

## 16

Er hat die erhobenen Vorwürfe bestritten. Von betrügerischen Buchungsmanipulationen habe er keinerlei Kenntnis. Er habe womöglich unabsichtlich Fehler gemacht, aber nie zum Schaden der Gesellschaft gehandelt.

**17**

1. Anlässlich des Testkaufs am 25.10.2022 habe die Testkäuferin den Namen M. angegeben. Eine EDV-Verbuchung sei aufgrund von EDV-Problemen nicht möglich gewesen. Auch ein Anruf bei der EDV-Abteilung der Verfügungsklägerin habe keine Lösung gebracht. Das Geld habe er nicht privat vereinnahmt, sondern in einem gesondert gekennzeichneten Umschlag in die Kasse eingelegt, damit die Verbuchung im Nachgang erfolge könne.

**18**

Nach Rückkehr aus seinem Urlaub (vom 02. bis 05.11.2022) habe der Verfügungsbeklagte bemerkt, dass die buchungstechnische Bereinigung noch ausstehe. Er habe auch bemerkt, dass der in der EDV weiterhin offene Buchungssatz durch die Neuanlage der Kundin F. überschrieben worden sei. Das Überschreiben eines noch offenen Buchungssatzes bei Anlage einer Neukundin erfolge EDV seitig automatisch, ohne dass dies durch den Anwender abzuwenden gewesen sei. Aufgrund der Überschreibung sei die bereits erfasste Sonnenbrille aus dem Testkauf bei der Neukundin F. erfasst gewesen – eine Berichtigung dieser fehlerhaften Angabe lasse die EDV nicht zu.

**19**

Der Verfügungsbeklagte habe am 07.11.2022 nach bestem Wissen unter Berücksichtigung der Möglichkeiten, die die Software biete, eine Bereinigung vorgenommen und den eingenommenen Betrag ordnungsgemäß in der Software und im Barkassenbuch der Gesellschaft verbucht. Den im System hinterlegten Rabatt habe er so gewählt, dass als Gesamtpreis der von ihm mit der Kundin F. vereinbarte Kaufpreis (480 €) für die Gleitsichtgläser ausgewiesen werde. Die Notizen habe er aus Transparenzgründen angefertigt. Von Testkäufen in Joint-Venture-Filialen habe er zu jener Zeit nichts gewusst.

**20**

Der Verfügungsbeklagte hat gemutmaßt, dass die EDV technischen Probleme von der Verfügungsklägerin absichtlich herbeigeführt worden seien, um ihm eine Pflichtwidrigkeit unterstellen zu können.

**21**

2. Der Vorgang ... sei dem Verfügungsbeklagten bis zum anwaltlichen Schreiben der Verfügungsklägerin vom 16.02.2023 unbekannt gewesen. Die Beratung der Kundin sei durch eine Mitarbeiterin erfolgt, der Grund für ihr Handeln sei ihm nicht bekannt. Er habe sie nicht dazu angewiesen.

**22**

3. Im dritten Fall habe die Kundin zwei Brillen („... Brille“ mit Gläsern für insgesamt 516,70 € und „... Brille“ mit Gläsern für insgesamt 300 €) erworben. Für beide Brillen sei der ihr zustehende Rabatt berücksichtigt worden; der Abzug bei der ... Brille habe sich auf insgesamt 300 € belaufen. Mit dem Vater der Kundin habe der Verfügungsbeklagte besprochen, dass der Vater die ... Brille über sein Einzelunternehmen ... erwerben werde, da seine Tochter bei ihm als Angestellte beschäftigt sei und eine Arbeitsstelle benötige. Weiter habe er mit dem Vater vereinbart, dass die ... Brille ohne Abzüge für 860,70 € verkauft werden solle und dafür die ... Brille umsonst an die Tochter abgegeben werde. Dabei habe er im Rahmen seines unternehmerischen Ermessens und zur Herstellung bestmöglicher Kundenzufriedenheit gehandelt. Ein Versicherungsbetrug liege nicht vor. Weder habe der Kunde dadurch einen rechtswidrigen Vorteil erlangt, noch habe die Gesellschaft einen Nachteil erlitten.

**23**

Die kurzzeitige Überschreibung der Kundendaten im Kundenstamm von Frau S. habe er vorgenommen, um Zeit zu sparen, weil er sich bei der Rechnungsstellung, die am 24.10.2022 erfolgt sei, nicht mehr erinnern habe, dass der Vater von Frau S. bereits seit 2014 als Kunde erfasst gewesen sei. Er habe die Rechnung sodann storniert, nachdem er festgestellt habe, dass der Vater von Frau S. bereits in der Software als Kunde erfasst gewesen sei und die Sache zu Dokumentations- und Statistikzwecken so belassen.

**24**

Zu der Abmahnung von 2014 hat der Verfügungsbeklagte vorgetragen, dass diese gegenüber der Gesellschaft als Franchisenehmerin ausgesprochen worden sei. Der Verfügungsbeklagte habe nicht in betrügerischer Absicht gehandelt. Er habe durch telefonische Rücksprache bei einem Mitarbeiter des Lieferanten der Gläser erfahren, dass es sich bei beiden Glastypen um exakt dieselben Gläser gehandelt habe. Der Verfügungsbeklagte habe folglich die Gläser der beiden „Kategorien“ nicht mehr unterschieden,

sondern den Kunden unter einer anderen Bezeichnung einheitlich zum Kauf angeboten und dabei versucht, den bestmöglichen Preis zu erzielen.

## **25**

Der Verfügungsbeklagte hat die Auffassung vertreten, dass die Verfügungsklägerin nicht prozessführungsbefugt sei; das Institut der actio pro socio sei subsidiär zu der – von der Verfügungsklägerin versäumten – Bestellung eines besonderen Vertreters der Gesellschaft. Ein wichtiger Grund liege nicht vor. Der Vorgang von 2014 könne schwerlich für die Begründung eines wichtigen Grundes herangezogen werden. Sowohl die außerordentliche als auch die ordentliche Abberufung seien auch deswegen unwirksam, weil es an der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen einstimmigen Beschlussfassung fehle. Eine ordnungsgemäße Ankündigung des Tagesordnungspunktes sei in Bezug auf die ordentliche Abberufung nicht erfolgt. Dem Bevollmächtigten der Verfügungsklägerin komme nicht die Kompetenz zu, Beschlüsse festzustellen. Ein Verfügungsgrund sei nicht gegeben.

## **26**

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 15.03.2023, auf den hiermit zur näheren Sachverhaltsdarstellung Bezug genommen wird, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abgelehnt (Bl. 85/88 der LG-Akte), weil der behauptete Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht sei.

## **27**

Hiergegen wendet sich die Verfügungsklägerin mit ihrer am 30.03.2023 beim Oberlandesgericht München eingegangenen sofortigen Beschwerde und verfolgt ihr erstinstanzliches Rechtsschutzziel vollumfänglich weiter. Unter Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens rügt sie insbesondere, dass das Landgericht verkannt habe, dass am 17.02.2023 auch eine wirksame ordentliche Abberufung stattgefunden habe. Sie behauptet, dass der Verfügungsbeklagte keine Anfechtungsklage gegen die Beschlussfassung am 17.02.2023 erhoben habe.

## **28**

Der Verfügungsbeklagte beantragt die Zurückweisung der Beschwerde. Er vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag. Er ist der Auffassung, dass er bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache weiterhin Geschäftsführer der Gesellschaft sei. Die Anfechtung des Beschlusses vom 17.02.2023 sei zum Gegenstand des Verfahrens ... beim LG Landshut gemacht worden.

## **29**

Das Landgericht München I hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 13.04.2023, auf den hiermit zur näheren Sachverhaltsdarstellung Bezug genommen wird, nicht abgeholfen (Bl. 58/62 der LG-Akte). Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Aktivlegitimation könne dahinstehen, da Verfügungsanspruch und Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht seien. Die Verfügungsklägerin habe nicht ausreichend glaubhaft gemacht, dass der Verfügungsbeklagte in der Gesellschafterversammlung vom 17.02.2023 wirksam außerordentlich oder ordentlich als Geschäftsführer abberufen worden sei. Die streitgegenständlichen Abberufungsbeschlüsse seien nicht bestandskräftig. Ein wichtiger Grund fehle. Es sei nicht glaubhaft gemacht, dass der Verfügungsbeklagte die Veruntreuung des bei dem Barkauf vereinnahmten Betrags beabsichtigt habe. Soweit im Übrigen vorwerfbare Handlungen des Verfügungsbeklagten verbleiben würden, machten diese weder für sich genommen noch in der Gesamtschau die Fortführung der Geschäfte durch den Verfügungsbeklagten unzumutbar. Hinsichtlich der in der Satzung vorgesehenen ordentlichen Abberufung fehle es an der erforderlichen Einstimmigkeit; der Verfügungsbeklagte habe insoweit keinem Stimmverbot unterlegen. Schließlich sei der Verfügungsgrund nicht glaubhaft gemacht. Die Voraussetzungen für die begehrte Vorwegnahme der Hauptsache lägen nicht vor.

## **30**

Die Verfügungsklägerin rügt insbesondere die Beweiswürdigung des Landgerichts. Das Landgericht habe unter anderem verkannt, dass nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien die Notiz beim Verkaufsvorgang an U. F. erst nachträglich angebracht worden sei. Sie trägt ergänzende Indiztatsachen zur Gegenglaubhaftmachung der vom Verfügungsbeklagten behaupteten IT-Störung und seines Anrufs bei der IT-Abteilung vor; hierzu wird auf die Schriftsätze vom 26.04.2023 (insbesondere S. 3, Bl. 50 der OLG-Akte) sowie vom 24.05.2023 (insbesondere S. 7/8, Bl. 83/84 der OLG Akte) jeweils samt Anlagen Bezug genommen. Sie behauptet, dass die vom Verfügungsbeklagten als Anlage BG 12.1 vorgelegte Rechnung außerhalb des EDV-Systems erstellt worden sei. Sie ist der Auffassung, dass eine Vorwegnahme der

Hauptsache nicht vorliege und dass die Zulässigkeit der Gesellschafterklage in der Zwei-Personen GmbH nicht von der Nicht-Bestellung eines besonderen Vertreters abhängt.

### **31**

Die Verfügungsklägerin beantragt nach Antragsumstellung zuletzt:

1. Der Beschluss des Landgerichts München I vom 15.03.2023 (Az.: 10 HK O 2702/23) wird aufgehoben.
2. Dem Verfügungsschuldner wird aufgegeben, es – bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu einer Höhe von EUR 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten – zu unterlassen, bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache
  - a) die Geschäfte der P. GmbH mit Sitz in ..., eingetragen im Handelsregister des ... unter HRB ..., geschäftsansässig ..., zu führen und diese Gesellschaft zu vertreten,
  - b) die Geschäftsräume der P. GmbH mit Sitz in ..., eingetragen im Handelsregister des ... unter HRB ..., geschäftsansässig ..., zu betreten.

### **32**

Der Verfügungsbeklagte beantragt,

Die sofortige Beschwerde des Beschwerdeführers vom 30.03.2023 wird zurückgewiesen.

### **33**

Auch der Verfügungsbeklagte trägt ergänzende Tatsachen zur Stützung seiner Behauptung vor, dass IT-Probleme die Verbuchung der Bareinnahme am 25.10.2022 verhindert hätten; hierzu wird auf den Schriftsatz vom 17.05.2023 (insbesondere S. 2/8, Bl. 66/72 der OLG-Akte) Bezug genommen. Außerdem behauptet er nun in der informatorischen Anhörung im Termin zur mündlichen Verhandlung am 25.05.2023, dass er bei der gleichzeitigen Bearbeitung der Vorgänge P. und F. aus Versehen auf einen Software-Button (Pfeilsymbol) mit der Funktion „Zurück“ gekommen sei und dadurch den Datensatz P. überschrieben habe.

### **34**

Des Weiteren bekräftigt er unter Vorlage einer E-Mail des Vaters von Frau S. mit einer zu Anlage ASt 23 abweichenden Rechnung mit Rechnungsnummer „...“ (Anlage BG 12.1) sowie eines Zahlungsbelegs (Anlage BG 12.2) seine erstinstanzliche Behauptung, dass die Rechnung an den Vater von Frau S. bereits am 24.10.2022 erstellt worden sei. In der informatorischen Anhörung im Termin am 25.05.2023 gab er an, die Rechnungsnummer habe er außerhalb der fortlaufenden Nummernfolge, die die A.-Software vorgibt, manuell gewählt. Er mutmaßt, dass die als Anlage ASt 23 vorgelegte Rechnung nachträglich von der Verfügungsklägerin erstellt worden sei.

### **35**

Der Verfügungsbeklagte hält dafür, dass eine analoge Anwendung von § 84 Abs. 4 Satz 4 AktG nicht in Betracht komme.

### **36**

In der Ladungsverfügung vom 08.05.2023 wurden Hinweise erteilt (Bl. 60/61 d. A.). Der Senat hat im Rahmen der angeordneten mündlichen Verhandlung am 25.05.2023 den persönlich anwesenden Verfügungsbeklagten informatorisch angehört, den präsenten Zeugen Z. uneidlich vernommen und ein Video des Verfügungsbeklagten sowie das Live-System der A.-Software in Augenschein genommen.

### **37**

Ergänzend wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 25.05.2023 Bezug genommen.

II.

### **38**

Die zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg und führt zur antragsgemäßen Anordnung der einstweiligen Verfügung.

### **39**

1. Der Senat entscheidet, obwohl die Sache im Beschwerdeverfahren angefallen ist, nach mündlicher Verhandlung durch Urteil. Der Übergang in das Urteilsverfahren ist auch noch in der Beschwerdeinstanz möglich (KG, NJW-RR 2019, 1231 Rn. 15; OLG Koblenz, NJW-RR 1993, 697; OLG Zweibrücken, BeckRS 2009, 86719; Drescher, in: MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 922 Rn. 20; Musielak/Voit/Huber, 20. Aufl. 2023, ZPO § 922 Rn. 10b; BeckOK ZPO/Mayer, 48. Ed. 01.03.2023, ZPO § 922 Rn. 15; G. Vollkommer in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 922 Rn. 20).

#### 40

2. Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss des Landgerichts, mit dem der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen wurde, ist gem. § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO statthaft. Sie wurde auch form- und fristgerecht eingelegt. Die Zwei-Wochen-Frist gem. § 569 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist ausweislich des mit Schriftsatz vom 17.05.2023 eingereichten Empfangsbekanntnisses des Prozessvertreters der Verfügungsklägerin gem. § 173 Abs. 3 Satz 3 ZPO gewahrt.

#### 41

3. In der Sache ist über den Antrag der Verfügungsklägerin in der Fassung des Schriftsatzes vom 24.05.2023 zu entscheiden. Der Senat geht davon aus, dass nach dem Übergang in das Urteilsverfahren die Vorschriften über die Antragsänderung im Berufungsverfahren Anwendung finden. Die Antragsumstellung ist als Klageerweiterung im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO nicht an § 533 ZPO zu messen (Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl. 2023, § 533 Rn. 1 und 11; Heßler, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 533 Rn. 3). Im Übrigen liegen die Voraussetzungen des § 533 ZPO ersichtlich vor. Die Besonderheiten des Eilverfahrens hindern die sachdienliche Antragsänderung nicht. Die Änderung dient der Vermeidung eines neuen Verfügungsverfahrens; der Prozessstoff bleibt derselbe.

#### 42

4. Die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Verfügung liegen vor. Besteht Streit über die Wirksamkeit der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers, kann durch einstweilige Verfügung ein Tätigkeitsverbot und ein Verbot der Ausübung der Organtätigkeit ausgesprochen werden, wenn glaubhaft gemacht ist, dass wichtige Gründe für eine sofortige Abberufung des Geschäftsführers vorlagen und die Abberufung wirksam beschlossen ist (Senat, NZG 2013, 947 948.). Die Verfügungsklägerin ist prozessführungsbefugt (Nr. 4.1) und hat Verfügungsanspruch (Nr. 4.2) und Verfügungsgrund (Nr. 4.3) glaubhaft gemacht.

#### 43

4.1. Die Verfügungsklägerin ist prozessführungsbefugt. Parteien eines solchen Verfügungsverfahrens sind allerdings grundsätzlich der abberufene Geschäftsführer und die Gesellschaft, vertreten durch die gem. § 46 Nr. 8 GmbHG bestimmten Vertreter (Senat, NZG 2013, 947 948.; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 1505; KG, NJW-RR 2023, 608 609.). In der vorliegenden Konstellation kann jedoch die Verfügungsklägerin ausnahmsweise im eigenen Namen gegen den Verfügungsbeklagten vorgehen.

#### 44

Die Geltendmachung von Ansprüchen, die üblicherweise der Gesellschaft gegen einen der Gesellschafter zustehen, durch einen anderen Gesellschafter im eigenen Namen wird gemeinhin unter dem Stichwort *actio pro socio* diskutiert und ist auch bei der GmbH anerkannt. Diese Grundsätze sind auch im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens nach Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers (nicht eines Fremdgeschäftsführers) aus wichtigem Grund maßgeblich (OLG Braunschweig, BeckRS 2009, 87615; Terlau, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 4. Aufl. 2023, § 38 GmbHG Rn. 73); auch in der Verletzung der Organpflichten eines Gesellschafter-Geschäftsführers kann zugleich eine Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht liegen (BGH NZG 2022, 516 517. m. w. N.).

#### 45

Die Befugnis für die *actio pro socio* wurzelt im Gesellschaftsverhältnis und ist Ausfluss des Mitgliedschaftsrechts des Gesellschafters (BGH NZG 2022, 516 517.; NZG 2019, 702; NZG 2018, 220; NZG 2010, 783). Zur dogmatischen Einordnung werden unterschiedliche Ansichten vertreten (vgl. hierzu Pentz, in: Rowedder/Pentz, GmbH-Gesetz, 7. Aufl. 2022, § 13 Rn. 130 m. N.). Nach der wohl überwiegenden Meinung macht der Gesellschafter hierbei Ansprüche der Gesellschaft im Wege der (gesetzlichen) Prozessstandschaft geltend. Eine andere Ansicht begriff die Gesellschafterklage als die Wahrnehmung eigener Rechte des Gesellschafters. Die Voraussetzungen sind im Einzelnen strittig. Nach h. M. ist ein grundsätzlicher Vorrang der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft zu achten, weshalb



eine actio pro socio nur subsidiär in Betracht kommt (BGH NZG 2022, 516 517. Rn. 13: „bei grundsätzlichem Vorrang der inneren Zuständigkeitsordnung der Gesellschaft unter bestimmten Voraussetzungen“; BGH NJW 1990, 2627 2628.: „wenn von der Geschäftsführung nicht erwartet werden kann, daß sie einen solchen Ersatzanspruch durchsetzt“; OLG Koblenz, NZG 2010, 1023; OLG Düsseldorf, BeckRS 2016, 9117 Rn. 31: „wenn eine Klage der Gesellschaft undurchführbar, durch den Schädiger selbst vereitelt worden oder infolge der Machtverhältnisse so erschwert ist, dass es für den betroffenen Gesellschafter ein unzumutbarer Umweg wäre, müsste er die Gesellschaft erst zu einer Haftungsklage zwingen“; Fastrich, in: Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, GmbHG § 13 Rn. 39; K. Schmidt in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 46 Rn. 161).

#### 46

Bisweilen wird auch in der zweigliedrigen GmbH eine Gesellschafterklage nach einer Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers an eine besonders festzustellende Handlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit der Gesellschaft geknüpft (Terlau, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 38 Rn. 77; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, § 38 Rn. 30; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 38 Rn. 68; Lutz, NZG 2015, 424 428.: nur bis zur erstmöglichen Beschlussfassung nach § 46 Nr. 8 GmbHG; vgl. für eine Gesellschafterklage auf [Schadens-]Ersatz auch OLG Koblenz, NZG 2010, 1023). Nach anderer Auffassung wird die Handlungsunfähigkeit pauschal für den einstweiligen Rechtsschutz angenommen (OLG Jena, BeckRS 2014, 3326; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 38 Rn. 71; Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, GmbHG § 38 Rn. 65) bzw. offenbar für entbehrlich erachtet (speziell für die Zwei-Mann GmbH mit paritätischen Anteilen: OLG Karlsruhe NJW-RR 1993, 1505 1506. und OLG München, 7. Senat, BeckRS 2011, 284 – je unter Berufung auf BGHZ 86, 177 183. = NJW 1993, 938 939.; offenbar nur für den Minderheitsgesellschafter: Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 38 Rn. 71; ohne ausdrückliche Beschränkung auf bestimmte Mehrheitskonstellationen: Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 38 Rn. 175; K. Schmidt in: Scholz, GmbHG, 12. Auflage 2021, § 46 Rn. 161).

#### 47

Der Senat hält die Gesellschafterklage im Streitfall für zulässig. Eine Umgehung der gesellschaftsinternen Kompetenzordnung ist bei einem Abberufungsstreit in der Zwei-Mann GmbH unabhängig von den Mehrheitsverhältnissen nicht zu befürchten, da der wegen eines wichtigen Grundes gem. § 38 Abs. 2 GmbHG abberufene Gesellschafter gem. § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG von der Abstimmung über einen Gesellschafterbeschluss zur Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG ausgeschlossen ist. Ein Gesellschafterbeschluss nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG stellt sich in diesem Zusammenhang als eine überflüssige Formalität dar (hierauf stellen maßgeblich ab: BGH NJW 1991, 1884; BGH NZG 2005, 216; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 9117; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, § 13 Rn. 55; Fastrich, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 13 Rn. 39; K. Schmidt in: Scholz, GmbHG, 12. Auflage 2021, § 46 Rn. 161). Eine Verweisung auf eine formelle Beschlussfassung nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG und eine Gesellschaftsklage im einstweiligen Rechtsschutz wäre insofern ein unnötiger und unbilliger Umweg. Jeder Gesellschafter hat es rechtlich grundsätzlich in der Hand, die Gesellschaft zur Verfolgung ihrer Position gegen den abberufenen Gesellschafter-Geschäftsführer anzuhalten; das könnte bei einer wechselseitigen Abberufung sogar dazu führen, dass beide Gesellschafter die rechtliche Möglichkeit haben, einen Aktivprozess der Gesellschaft gegen den jeweils anderen herbeizuführen, in dem die Gesellschaft dann aber womöglich widersprüchliche Positionen einnehmen müsste. Angesichts der fehlenden Schutzwürdigkeit von (Dritt-) Interessen wäre es nicht gerechtfertigt, die Gesellschafter zu dieser (wechselseitigen) Instrumentalisierung der Gesellschaft zu zwingen, zumal der Weg zu einem Aktivprozess der Gesellschaft über eine Beschlussfassung nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG sich als steinig erweisen kann, wenn wie vorliegend die Wirksamkeit einer aus wichtigem Grund ausgesprochenen Abberufung allein von der materiellen Rechtslage nach § 38 Abs. 2 GmbHG abhängt und zwischen den Gesellschaftern die Besetzung des Vertretungsorgans streitig ist.

#### 48

4.2. Der Verfügungsanspruch liegt vor. Für Zwecke des einstweiligen Verfügungsverfahrens ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft gegenüber dem Verfügungsbeklagten einen Anspruch auf Unterlassung der Geschäftsführung nach seiner Abberufung aus wichtigem Grund hat.

#### 49

4.2.1. Der Senat geht davon aus, dass sich ein Anspruch gegen einen wirksam aus wichtigem Grund abberufenen Gesellschafter-Geschäftsführer auf Unterlassung der weiteren Geschäftsführertätigkeit primär nachwirkend aus dessen Organbestellung und den mitgliedschaftlichen Treuepflichten der Gesellschafter ergibt. Auf die in der obergerichtlichen Rechtsprechung herangezogene Anspruchsbegründung aus §§ 1004, 823 BGB analog wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (OLG Jena, BeckRS 2014, 3326; KG, NJW-RR 2023, 610 609.) kommt es danach nicht entscheidend an.

#### 50

4.2.2. Der Beschluss zur Abberufung aus wichtigem Grund gem. § 38 Abs. 2 GmbHG wurde mit der erforderlichen Mehrheit gefasst; der abzubrufende Geschäftsführer, der zugleich Gesellschafter ist, unterliegt insofern einem Stimmverbot (BGH NZG 2017, 700 701. m. w. N.).

#### 51

4.2.3. Die Verfügungsklägerin hat das Vorliegen eines wichtigen Grundes glaubhaft gemacht. Ein wichtiger Grund für die Abberufung liegt vor, wenn der weitere Verbleib des Geschäftsführers in seinem Amt der Gesellschaft und den Gesellschaftern bei Würdigung aller Umstände unter Berücksichtigung der betroffenen Interessen nicht länger zugemutet werden kann (BeckOK GmbHG/Heilmeyer, 55. Ed. 1.3.2022, GmbHG § 38 Rn. 21). Dies ist stets eine Frage des Einzelfalls. In der Zweipersonen-Gesellschaft werden strenge Anforderungen an den wichtigen Grund gestellt, denn es gilt zu verhindern, dass der eine Gesellschafter die Tätigkeit des anderen als Geschäftsführer beliebig beenden kann (Kleindiek, in: Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, a. a. O., § 38 Rn. 20 ff.; a. A. Stephan/Tieves, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2023, GmbHG § 38 Rn. 102, 103). Verbreitet wird gefordert, dass der Geschäftsführer seine Pflichten grob verletzt und ein verständiger Betrachter zu dem Ergebnis kommt, dass eine Fortsetzung der Geschäftsführertätigkeit insbesondere dem Mitgesellschafter nicht mehr zugemutet werden kann (OLG Karlsruhe, NZG 2000, 264 266.; OLG Stuttgart, NZG 2013, 1146; Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, in: Scholz, a. a. O., § 38 Rn. 53 m. w. N.; BeckOK GmbHG/Heilmeyer, 55. Ed. 1.3.2022, GmbHG § 38 Rn. 28).

#### 52

Der wichtige Grund muss glaubhaft gemacht sein. Glaubhaft gemacht ist eine Behauptung, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft, also letztlich mehr für das Vorliegen der in Rede stehenden Behauptung spricht als dagegen (BGH NJW-RR 2011, 136 Rn. 7; BeckRS 2022, 2221 Rn. 11). Zur Glaubhaftmachung genügt es, dass die auf Hilfstatsachen gestützte Schlussfolgerung überwiegend wahrscheinlich erscheint, ohne dass dadurch bereits alle anderen Möglichkeiten praktisch ausgeschlossen sein müssen (BGH NJW 1998, 1870). Eine vollständige Überzeugungsbildung im Sinne des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist damit nicht erforderlich.

#### 53

Diese Voraussetzungen sieht der Senat auf Basis der im Rahmen der im Verfügungsverfahren zugrunde zu legenden Tatsachen als erfüllt an.

#### 54

4.2.3.1. Im Zusammenhang mit dem Testkauf am 25.10.2022 und der Nicht-Verbuchung der Bareinnahme in Höhe von 160 EUR hält der Senat es unter Würdigung des Parteivortrags, der vorgelegten Urkunden und der angebotenen Glaubhaftmachungsmittel für überwiegend wahrscheinlich, dass der Verfügungsbeklagte die Bareinnahme aus dem Verkauf der Sonnenbrille vorsätzlich nicht in der EDV verbucht hat und dies durch die Manipulation am EDV-Datensatz verdecken wollte, um das Geld außerhalb des formalen Buchungskreislaufes für sich zu behalten.

#### 55

Hierfür sprechen maßgeblich der lange Zeitraum zwischen der Vereinnahmung des Barbetrages am 25.10.2022 und der Verbuchung erst am 07.11.2022 gepaart mit den vorgenommenen Veränderungen am Buchungssatz bis 31.10.2022. Die Glaubhaftmachung wird durch den Beklagtenvortrag und die angebotenen Gegenglaubhaftmachungsmittel nicht erschüttert.

#### 56

Auch wenn man zugunsten des Verfügungsbeklagten davon ausgehen will, dass am 25.10.2022 mittags ein EDV-Problem die sofortige ordnungsgemäß Buchung und Vereinnahmung behindert hat, so ist nicht plausibel, dass diese EDV-Probleme bis 07.11.2022 oder auch nur bis zum 31.10.2022 fortwährend andauert haben. Der Verfügungsbeklagte hat nicht (auch nicht im Schriftsatz vom 17.05.2022)

vorgetragen, dass es im gesamten Zeitraum ununterbrochen unmöglich gewesen wäre, die Verbuchung vorzunehmen. Das wäre überdies nicht glaubhaft, zumal die Verfügungsklägerin belegt hat, dass noch am 25.10.2022 weitere Eintragungen in das Barkassenbuch (Anlage ASt 28) stattgefunden haben und zumal von keiner Seite vorgetragen wurde, dass ein solches permanent fortwährendes EDV-Problem – was bei einer so gravierenden Störung zu erwarten wäre – weiter eskaliert worden wäre.

#### **57**

Für den Verfügungsbeklagten war es eine zentrale Pflicht, für die ordnungsgemäße zeitgerechte Verbuchung des Geschäftsvorfalles zu sorgen; gem. § 146 Abs. 1 Satz 2 AO traf ihn die Verpflichtung, Kasseneinnahmen täglich festzuhalten. Folglich wäre anzunehmen, dass er oder ein von ihm betrauter Mitarbeiter innerhalb von fünf Werktagen hierzu eine Möglichkeit findet, wenn er für die ordnungsgemäße Verbuchung sorgen will.

#### **58**

Vor allem bildet die Tatsache, dass der nach wie vor offene Buchungssatz M. am 31.10.2022 überschrieben wurde, ein Beweisanzeichen für den klägerischen Vortrag. Die Erklärungen des Verfügungsbeklagten vermögen das nicht zu entkräften. Die durch eidesstattliche Versicherung (Anlage AG 14) untermauerte schriftsätzliche Erklärung des Verfügungsbeklagten, wonach der EDV-Datensatz am 31.10.2022 von der A.-Software automatisch und zwangsläufig bei Neuanlage eines Kundendatensatzes überschrieben worden sei, weil er noch offen gewesen sei, wurde im Termin am 25.05.2023 widerlegt (Neuanlage der Kundenkonten X. und Y. am 25.10.2023 – Anlage ASt 19, Zeilen 266 und 311; Aussage des Zeugen Z.). Nach der erfolgten Inaugenscheinnahme des Livesystems durch den Senat und der glaubhaften Aussage des Zeugen Z. ist es im Übrigen schwer nachvollziehbar, inwiefern der Verfügungsbeklagte, der täglich mit der Software arbeitet, tatsächlich davon ausgegangen sein will, dass ein noch offener Vorgang automatisch bei Neuanlage eines Kunden überschrieben würde.

#### **59**

Seine daraufhin im Termin geäußerte neue Einlassung, dass er bei der gleichzeitigen Bearbeitung der Vorgänge M. und F. aus Versehen auf den Software-Button (Pfeilsymbol) mit der Funktion „Zurück“ gekommen sei und dadurch den Datensatz versehentlich überschrieben habe, dies passiere ihm häufiger, hält der Senat nicht für wahrscheinlich. Der Senat hält es nach der Inaugenscheinnahme des Live-Systems zwar für möglich, dass bei schneller Bearbeitung von Datensätzen versehentlich auf „Zurück“ gedrückt wird. Gegen ein versehentliches Überschreiben eines bestehenden Namensdatensatzes spricht jedoch entschieden, dass dazu mehrere bereits ausgefüllte Felder überschrieben werden müssen. Der Senat hält es zumindest für äußerst unwahrscheinlich, dass dies bei der Bearbeitung nicht auffällt. Überdies mussten dem Verfügungsbeklagten bei Wahrunterstellung seines Vortrags am 31.10.2022 in der Eingabemaske die – wovon sich der Senat selbst überzeugt hat – klar erkennbare Voreintragung der am 25.10.2022 verkauften Sonnenbrille und der erhöhte Gesamtpreis auffallen. Das passt wiederum nicht zu dem Vortrag des Verfügungsbeklagten in der eidesstattlichen Versicherung, er habe erst am 07.11.2022 festgestellt, dass der Vorgang M. von dem neuen Auftrag F. überschrieben worden sei.

#### **60**

Die weitere Einlassung des Verfügungsbeklagten, dass er nicht gewusst habe, wie die Erfassung eines Produkts in der Eingabemaske gelöscht werden kann, führt nicht zu einer abweichenden Wahrscheinlichkeitsbeurteilung.

#### **61**

Die am 07.11.2022 erfolgte Verbuchung der Einnahme sowie die vom Verfügungsbeklagten angebrachten Notizen bieten vor diesem Hintergrund kein entlastendes Indiz. Dabei kann aus Sicht des Senats die im Termin am 25.05.2023 unter Beweis gestellte Behauptung des Verfügungsbeklagten, dass in einer WhatsApp-Gruppe von Filialleitern im Zeitraum 25.10-07.11.2022 keine Äußerung zu Testkäufen enthalten ist, als wahr unterstellt werden. Es ist durchaus vorstellbar, dass der Verfügungsbeklagte auf anderem Weg Kenntnis von Testkäufen erhalten hat. Nicht ausgeschlossen ist auch eine anderweitige Motivation zur „Rückabwicklung“.

#### **62**

Bei einer nochmaligen Gesamtschau aller im Verfügungsverfahren vorgetragenen Indizien spricht aus Sicht des Senats mehr für die klägerische Behauptung als gegen sie.

## 63

4.2.4. Im Fall S. stehen grobe Verstöße gegen die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung inmitten. Der Verfügungsbeklagte hat selbst eingeräumt, dass er zum einen eine Rechnung erstellt hat, die entgegen § 14 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 UStG nicht fortlaufend nummeriert ist. Durch die fortlaufende Nummer (Rechnungsnummer) soll sichergestellt werden, dass die vom Unternehmer erstellte Rechnung einmalig ist (UStAE 14.5 Abs. 5 Satz 1). Vielmehr hat er eine fiktive Nummer gewählt und damit billigend in Kauf genommen, dass die Rechnungsnummer wie tatsächlich geschehen doppelt vergeben wird. Außerdem hat er diese Rechnung in der EDV wahrheitswidrig storniert, obwohl sie in der Welt war und hierauf bezahlt wurde. Schließlich hat er es unterlassen, dafür Sorge zu tragen, dass für denselben Geschäftsvorfall nicht eine – unzutreffende – zweite Rechnung an Frau S. ausgestellt wird.

## 64

Auch wenn der Vorgang keinen unmittelbaren Vermögensschaden zulasten der Gesellschaft hervorgerufen haben dürfte, hat der Verfügungsbeklagte doch in eklatanter Weise gegen die die Gesellschaft und ihn als Geschäftsführer persönlich treffenden Pflichten verstoßen. Überdies besteht zumindest ein gewisses Gefährdungspotenzial, dass die Finanzverwaltung erkennbare Lücken in der Rechnungsnummernabfolge zum Anlass für eine Schätzung nimmt (Leipold, in: Sölch/Ringleb, 97. EL März 2023, UStG § 14 Rn. 467 m. w. N.).

## 65

4.2.5. In der Gesamtschau bilden die glaubhaft gemachten Verfehlungen einen wichtigen Grund für die Abberufung, auch wenn ein unmittelbarer finanzieller Schaden nicht endgültig eingetreten ist und nur die Handlungen im ersten Komplex gegen das Vermögen der Gesellschaft gerichtet waren. Dabei verkennt der Senat auch nicht, dass die Tätigkeit als Geschäftsführer dem Verfügungsbeklagten zur Erwirtschaftung des Lebensunterhalts dient und dass er die Tätigkeit bereits seit 2009 ausführt. Jeweils stehen indes eklatante Verstöße gegen zentrale den Geschäftsführer treffenden Pflichten inmitten. Diese Vorfälle geschahen in kürzester Zeit und belegen eine unbekümmerte Rechtsferne des Verfügungsbeklagten und eine Wiederholungsfahr, die sein Fortwirken als Gefährdung der Gesellschaftsinteressen erscheinen lassen. In der Gesamtschau ist die fortwährende Tätigkeit des Verfügungsbeklagten als Geschäftsführer für die Gesellschaft und die Verfügungsklägerin unzumutbar.

## 66

4.3. Der Verfügungsgrund liegt vor. Die einstweilige Untersagung der Ausübung der Geschäftsführungsbefugnisse bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der Abberufung hält sich angesichts dessen, dass die Verfügungsklägerin die wirksame Abberufung am 17.02.2023 glaubhaft gemacht hat, im Rahmen des Erforderlichen und Verhältnismäßigen. Die Dringlichkeit ergibt sich aus der Tatsache, dass der Verfügungsbeklagte sich weiterhin als Geschäftsführer der Gesellschaft geriert und ihm die Rechtsscheinwirkung des § 15 HGB zur Seite steht (vgl. BGH NJW 1983, 938 939.). Diese Unsicherheit ist für die Gesellschaft und die Verfügungsklägerin nicht bis zur endgültigen Klärung in der Hauptsache hinnehmbar.

## 67

Dieser Verfügungsgrund ist erst mit der Abberufung am 17.02.2023 entstanden. Der Einwand des Verfügungsbeklagten, die Verfügungsklägerin habe die Dringlichkeit selbst widerlegt, indem sie bis zur Beschlussfassung zu viel Zeit habe verstreichen lassen, verfängt damit nicht.

## 68

Die begehrte Verfügung schafft eine angemessene Übergangsregelung und nimmt die Hauptsache, anders als das Landgericht meint, nicht in unzulässiger Weise vorweg. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Tätigkeit als Geschäftsführer dem Verfügungsbeklagten zur Erwirtschaftung des Lebensunterhalts dient und dass er (die Gesellschaft besteht seit 2009) die Tätigkeit bereits seit langem ausführt. Die Schwere der Verstöße rechtfertigt die einstweilige Suspendierung.

## 69

5. Die Androhung der Ordnungsmittel beruht auf § 890 Abs. 1 ZPO. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Das Urteil erlangt formelle Rechtskraft; eine Berufung ist nicht statthaft, da es nicht im ersten Rechtszug ergangen ist (§ 511 Abs. 1 ZPO), eine Revision ist gem. § 542 Abs. 2 Satz 1 ZPO unstatthaft (h. M.: OLG Dresden, MDR 2012, 668; OLG Zweibrücken, BeckRS 2009, 86719; G. Vollkommer in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 922 Rn. 20; Drescher, in: MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 922 Rn. 20;

Musielak/Voit/Huber, 20. Aufl. 2023, ZPO § 922 Rn. 10b; Thümmel, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2014, § 922 Rn. 14; die abweichende Auffassung von Bruns, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Auflage 2020, § 922 Rn. 10, wonach in einschränkender Auslegung von § 511 Abs. 1 ZPO eine Berufung statthaft sein soll, bezieht sich ausdrücklich nur auf Urteile des Landgerichts). Eines Ausspruchs zur vorläufigen Vollstreckbarkeit oder zur Revisionszulassung bedarf es nicht.