

## GmbH-Beratung

ist<sup>9</sup>. Es besteht kein Grund den niedrigeren handelsrechtlichen Beteiligungsansatz auch in der Steuerbilanz fortzuführen, denn der Maßgeblichkeitsgrundsatz wird durch die spezialgesetzliche Regelung des § 50c Abs. 11 i.V.m. Abs. 1 S. 1 EStG überlagert<sup>10</sup>.

### 3. Argumente wider die Auffassung der Finanzverwaltung

Insbesondere für eine außerbilanzielle Hinzurechnung besteht keine Notwendigkeit und ist letztlich auch kein Raum, da hierdurch gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung verstoßen würde. Im Rahmen der außerbilanziellen Hinzurechnung würde die ausschüttungsbedingte Teilwertabschreibung aus der steuerlichen Gewinn- und Verlustrechnung eliminiert. Der handelsrechtlich niedrigere beizulegende Wert zum Abschlußstichtag würde aber gleichzeitig in der Steuerbilanz weiter angesetzt werden, da die außerbilanzielle Hinzurechnung die Steuerbilanz unberührt ließe. Ein solches Vorgehen kommt einer einseitigen Buchung gleich, da nur die „Haben-Buchung“ (Stornierung des Aufwands aus der ausschüttungsbedingten Teilwertabschreibung durch eine Ertragsbuchung im Rahmen der Einkommensermittlung) für Zwecke der steuerlichen Gewinnermittlung durchgeführt würde, ohne jedoch eine entsprechende „Soll-Buchung“ vorzunehmen. Hierin läge ein Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung<sup>11</sup>.

Häufig wird – wie im obigen Beispiel – erst in sehr viel späteren Veranlagungszeiträumen (z.B. nach einer steuerlichen Außenprüfung) zuverlässig erkennbar, ob die Veräußerung von Anteilen steuerpflichtig gewesen ist (vgl. § 50c Abs. 11 S. 2 EStG), mit der Folge, daß bis zu diesem Zeitpunkt keine steuerliche Vorschrift einer Übernahme der Teilwertabschreibung in die Steuerbilanz entgegensteht. Erst durch den Nachweis, daß die Veräußerung ganz oder teilweise steuerfrei behandelt worden ist, greift § 50c Abs. 11 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 1 EStG ein, also eine Vorschrift, die die Übernahme der handelsrechtlich vorgenommenen Teilwertabschreibung – trotz des Maßgeblichkeitsgrundsatzes – verbietet. Daraus folgt dann, daß mangels steuerwirksamer Abschreibung in der Vergangenheit auch kein Raum für eine Wertaufholung in der Zukunft sein kann. Wäre dies anders, so käme es eindeutig zu einer Doppelbesteuerung.

Für den Fall, daß die Hinzurechnung der zunächst – innerhalb der Steuerbilanz – vorgenommenen Teilwertabschreibung außerhalb der Steuerbilanz zu erfolgen hätte, würden Buchverluste aus Beteiligungen steuerlich nicht erfaßt, deren Kompensation würde aufgrund des Wertaufholungsgebots aber in vollem Umfang steuerpflichtig sein<sup>12</sup>. Eine solche Wertung entspricht nicht dem gesetzgeberischen Willen und läßt sich auch aus dem geltenden Wortlaut der steuerlichen Normen nicht ableiten. Nur wenn die Hinzurechnung gem. § 50c Abs. 11 S. 1 i.V.m. Abs. 1 S. 1 EStG innerhalb der Steuerbilanz erfolgt, wird die Logik des Einkommen- und Körperschaftsteuerrechts gewahrt.

<sup>9</sup> Korn, EStG, Stand Sept. 2003, § 50c Rz. 4 ff.; Plewka/Höppner, GmbHR 1997, 986.

<sup>10</sup> Zur Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes Kirchhof, EStG, § 5 Rz. 12; vgl. auch unter Bezugnahme auf den steuerlichen Bewertungsvorbehalt Jakobs/Lorbacher, GmbHR 1998, 1204 (1205).

<sup>11</sup> Bareis, BB 2005, 354 (357); so auch Fiedler, BB 1995, 1341 (1342); Stegel, BB 1995, 2207 (2207).

<sup>12</sup> Bareis, BB 2005, 354 (361).

### V. Fazit

Das zwischen außerbilanzieller Hinzurechnung und steuerbilanzieller Wertaufholung bestehende Spannungsfeld von § 50c Abs. 11 EStG und § 6 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Nr. 1 S. 4 EStG kann beseitigt werden, indem bei § 50c Abs. 11 EStG auf eine außerbilanzielle Hinzurechnung zugunsten einer Wertaufholung innerhalb der Steuerbilanz verzichtet wird. Für die Korrekturtechnik „außerbilanzielle Hinzurechnung“ im Rahmen der Einkommensermittlung besteht – wie zuvor dargestellt – kein Bedürfnis, da die zutreffenden steuerlichen Folgen besser durch eine steuerbilanzielle Abbildung des Vorgangs bei der Gewinnermittlung erreicht werden können. Das Praxisbeispiel hat gezeigt, daß anderenfalls bei bestimmten Fallkonstellationen durchaus Ergebnisse erzielt werden, die verfassungsrechtlich äußerst bedenklich sind, da sie gegen das Übermaßverbot verstoßen. Um jedoch im Einzelfall immer eine zutreffende Besteuerung zu erreichen, bietet sich bei der Anwendung des § 50c Abs. 11 EStG eine Wertaufholung innerhalb der (Steuer-)Bilanz an.

## GmbH-Beratung

Andreas Seidel / Andreas Schönhöft\*

### Die Aussetzung des Urkundenverfahrens im Falle der Vergütungsklage durch Organmitglieder

#### I. Einführung

Wenn über die Wirksamkeit der Kündigung eines Anstellungsvertrags gestritten wird, der zwischen einem Organmitglied einer juristischen Person – etwa einer AG oder einer GmbH – und eben dieser geschlossen worden war, werden regelmäßig durch das Organmitglied auch Vergütungsansprüche gemäß § 615 BGB im Wege des Urkundenprozesses geltend gemacht. Der praktische Vorteil für eine solche Vorgehensweise des Organmitglieds ist offen sichtbar. Das gekündigte Organmitglied, dessen Anstellungsvertrag namentlich fristlos gekündigt wurde, wird in die Lage versetzt, unabhängig von der behaupteten Wirksamkeit der Kündigung zeitnah Vergütungsansprüche titulieren zu lassen. Die Vergütungsklage muß sich faktisch nur auf den formal als Urkunde bestehenden Anstellungsvertrag stützen. Soweit sich die Höhe der geltend gemachten monatlichen Bezüge nicht unmittelbar aus dem Vertrag selbst ergibt, kann der Klagebetrag unter Bezugnahme auf die jeweilige Gehaltsabrechnung der Vormonate dargelegt werden<sup>1</sup>. Aufgrund der überschaubaren Tatbestandsvor-

\* Andreas Seidel und Andreas Schönhöft sind Rechtsanwälte bei avocado rechtsanwälte, Düsseldorf.

<sup>1</sup> Die per EDV erstellte Gehaltsabrechnung ist zwar schon mangels Unterzeichnung keine Urkunde. Unstreitige Tatsachen müssen aber in einem Urkundenverfahren nicht urkundlich belegt werden (so im Ergebnis BGH v. 24.4.1974 – VIII ZR 211/72, NJW 1974, 1199 f.; vgl. Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 592 Rz. 11) – und die beklagte juristische Person kann realistisch die Richtigkeit ihrer eigenen Gehaltsabrechnung nicht in Abrede stellen. OLG Düsseldorf v. 2.3.2005 – I-3 U 3/05, GmbHR 2005, 991 mit abl. Komm. Lelley weist i.ü. zu Recht darauf hin, daß eine Klage im Urkundenprozeß unstatthaft ist, wenn die geltend gemachte Forderung nicht aus sich heraus urkundlich belegt werden kann, z.B. aus einer Bruttoabfindung erst unter Einbeziehung steuerlicher Berechnungen der konkrete Forderungsbetrag ermittelt werden muß.

## GmbH-Beratung

aussetzungen und den limitierten Beweismöglichkeiten der beklagten juristischen Person ist die Vergütungsklage des gekündigten Organmitglieds regelmäßig erfolgreich und dient deshalb vielfach als taktisches Mittel<sup>2</sup>, einer „... Fakten schaffenden Kündigung ...“ durch ein ebenso symbolträchtiges (Vorbehalts-) Urteil entgegenzutreten. Der beklagten juristischen Person kann es regelmäßig nicht mit den in einem Urkundenprozeß zugelassenen Beweismitteln gelingen, die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung zu belegen<sup>3</sup>, so daß das gekündigte Organmitglied trotz der vermeintlich sofort wirkenden Beendigung des Anstellungsvertrags bis auf weiteres und „... nach außen ...“ erhebliche monatliche Geldbezüge erhält. Die in dieser Konstellation entscheidende Frage, ob das Urkundenverfahren wegen der Vorgreiflichkeit des in der Regel parallel geführten Rechtsstreits über die Wirksamkeit der Kündigung gemäß § 148 ZPO ausgesetzt werden darf, wurde – wenn überhaupt – zwischenzeitlich nur rudimentär diskutiert und wohl überwiegend in Hinblick auf den Zweck des Urkundenprozesses verneint. Ein Beschluß des OLG München<sup>4</sup> und eine sich dem anschließende Entscheidung des BGH<sup>5</sup> zwingen möglicherweise zu einer neuen Bewertung dieser Rechtsfrage. Der nachfolgende Beitrag untersucht, ob die genannten Entscheidungen tatsächlich eine derartige Neubewertung veranlassen, und erörtert konkrete Anwendungsprobleme in Zusammenhang mit der Bestimmung des § 148 ZPO, wenn Organmitglieder eine Vergütungsklage im Urkundenprozeß anhängig machen.

## II. Die neuere Rechtsprechung

Das OLG München<sup>6</sup> wendet sich in seiner Entscheidung v. 22.8.2002 gegen die bis dato – soweit ersichtlich – vorherrschende Auffassung in der Literatur<sup>7</sup> und der Rechtsprechung<sup>8</sup>, wonach eine Klage in einem Urkundenverfahren gemäß § 148 ZPO wegen der Vorgreiflichkeit eines anderen Rechtsstreits generell nicht ausgesetzt werden kann. Der Senat, der wegen § 252 ZPO allerdings nur eingeschränkt entscheidungsbefugt war, argumentiert, die Verfahrensart des Urkundenprozesses verbiete jedenfalls nicht generell die Aussetzung des Verfahrens nach § 148 ZPO wegen Vorgreiflichkeit. Vielmehr sollen auch in dieser Prozeßart die allgemeinen Verfahrensvorschriften anzuwenden sein, soweit das Gesetz keine abweichende Regelung treffe, die insofern aber nicht ersichtlich wäre. Das Klageverfahren im Urkundenprozeß sei im Einzelfall, allerdings nur bei Vorliegen besonderer Umstände auszusetzen – dann zum Beispiel, wenn nur so der „... konkreten Gefahr widersprechender Entscheidungen ...“ begegnet werden könne. Dieser Ansicht folgt der BGH ausdrücklich in einem Versäumnisurteil v. 8.1.2004<sup>9</sup>. Zwar hält der BGH ebenfalls die Aussetzung des Verfahrens in einem Urkundenprozeß nur unter besonderen Umständen für zulässig, da anderenfalls der Zweck der Verfahrensart, dem Kläger schnell einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen, leicht vereitelt werden könnte. Eine Ausnahme von dieser Regel sieht der 3. Senat aber dann als gerechtfertigt an, wenn – wie im Fall des OLG München – die „... Gefahr widersprechender rechtskräftiger Entscheidungen ...“ besteht. Auch wenn es sich bei der Entscheidung des OLG München wohl in der Tat um einen Ausnahmefall handelte<sup>10</sup> und sowohl das OLG München als auch der BGH in ihren Entscheidungen ausdrücklich darauf hinweisen, daß die Aussetzung des Urkundenprozesses lediglich im Einzelfall unter besonderen Umständen in Betracht kom-

men würde, könnten diese Entscheidungen doch in Zukunft zu einem Umdenken bei der Wahl dieser Prozeßart führen. Soweit sich nämlich die Auffassung durchsetzt, daß schon die Gefahr divergierender Entscheidungen die Aussetzung des Urkundenverfahrens rechtfertigen könne, muß angenommen werden, daß bei Vergütungsstreitigkeiten zwischen dem Organmitglied und einer beklagten juristischen Person, die zeitgleich um die Rechtswirksamkeit der Kündigung streiten, eine Aussetzung des Urkundenverfahrens gleichsam grundsätzlich in Betracht kommt. Denn in dieser Fallkonstellation wird regelmäßig die Gefahr widersprechender Entscheidungen bestehen. Zumindest erscheint es nicht unwahrscheinlich, daß die Vergütungsklage des Organmitglieds aufgrund der limitierten Beweismittel der beklagten juristischen Person im Urkundenprozeß erfolgreich ist, während das auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung gerichtete Klagebegehren des Organmitglieds – nach Beweisaufnahme – zurückgewiesen werden könnte. Wird also die Vermeidung divergierender Entscheidungen als ein wesentliches prozessuales Interesse eingeordnet<sup>11</sup>, wäre die Vergütungsklage eines Organmitglieds im Urkundenprozeß auszusetzen, bis über die Feststellungsklage bezüglich der Wirksamkeit der Kündigung rechtskräftig entschieden worden ist.

## III. Sinn und Zweck des Urkundenverfahrens

Nach der h.M. ist es Zweck des Urkundenverfahrens, dem Kläger, soweit er seinen Anspruch mit Urkunden belegen

2 Vgl. zum Urkundenprozeß in diesem Zusammenhang allgemein *Pröpper*, BB 2003, 202 ff.; *Fischer*, NJW 2003, 333 ff.; *Pesch*, NZA 2002, 957 ff.

3 Dies gilt zumindest bei einer außerordentlichen Kündigung, da die beklagte juristische Person nicht nur die Kündigungserklärung vorzulegen hat, sondern auch die Tatsachen urkundlich darlegen mußte, die die Kündigung begründen sollen. Bei einer ordentlichen Kündigung gemäß § 621 BGB oder im Falle einer Befristung sind die Umstände des Einzelfalles maßgebend.

4 OLG München v. 22.8.2002 – 14 W 150/02, JurBüro 2003, 154.

5 BGH v. 8.1.2004 – III ZR 401/02, NJW-RR 2004, 1000.

6 Vgl. hierzu die Anm. von *Bloching*, JurBüro 2003, 121 ff.

7 *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 148 Rz. 27, § 592 Rz. 1; *Thomas/Putzo/Reichhold*, ZPO, 24. Aufl. 2002, § 148 Rz. 6; *Peters* in Münch.Komm. zur ZPO, 2000, § 148 Rz. 3; *Wieczorek/Schütze/Olzen*, ZPO, 3. Aufl. 1998, Vorbem. §§ 592–605 a Rz. 7; *Musielak/Stadler*, ZPO, 4. Aufl. 2005, § 148 Rz. 2; *Stein/Jonas/Schosser*, ZPO, 21. Aufl. 1993, Vor § 592 Rz. 2; *Zöller/Greger*, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 592 Rz. 3, kommentiert, daß eine Aussetzung „regelmäßig“ nicht in Betracht kommt; *Pesch*, NZA 2002, 957 (959) m.w.N.

8 Ausdrücklich OLG Hamm v. 9.10.1975 – 10 U 140/75, NJW 1976, 246 (247); OLG Karlsruhe v. 10.11.1993 – 6 U 124/93, GRUR 1995, 263 ff.; nunmehr auch OLG Düsseldorf v. 8.5.2005 – I-16 U 63/05, n.v.

9 Ähnlich bereits BGH v. 28.11.2001 – VIII ZR 75/00, NJW 2002, 751.

10 Der Kläger machte im Feststellungsverfahren vor dem Berufungsgericht die Wirksamkeit eines Vertragswerks geltend, benutzte allerdings die erstinstanzlich festgestellte Unwirksamkeit des Vertragswerks im Urkundenverfahren als Grundlage seines Zahlungsanspruchs.

11 So wohl BGH v. 28.11.2001 – VIII ZR 75/00, NJW 2002, 751 (753); v. 17.10.1973 – II ZR 77/61, NJW 1964, 44 m.w.N.; OLG Karlsruhe v. 10.11.1993 – 6 U 124/93, GRUR 1995, 263 (264 f.).

## GmbH-Beratung

kann, „... schnell einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen ...“<sup>12</sup>. Der im Urkundenprozeß klagenden Partei soll mit der Zurückstellung nicht urkundlich belegter Einwendungen und einem dadurch bedingten Vorbehaltsurteil ein Vollstreckungsprivileg gewährt werden<sup>13</sup>. Hieraus lasse sich entnehmen, daß der Zweck des Verfahrens vor allem in der Beschleunigung des Verfahrens liege<sup>14</sup>. Die Funktion des Urkundenprozesses wird teilweise sogar in die gedankliche Nähe zum einstweiligen Rechtsschutz gebracht<sup>15</sup>. Die Prozeßbeschleunigung erfolge allerdings nicht durch besondere Verfahrensregeln, sondern durch die Beweismittelbeschränkung<sup>16</sup>. Nach einer weiteren Auffassung<sup>17</sup> soll vor allem die Gewährung vorläufigen gerichtlichen Beistands aufgrund einer unvollständigen Sachprüfung der Zweck des Urkundenprozesses sein. Insoweit trifft es zu, daß der Urkundenprozeß durch keine Bestimmung in der Zivilprozeßordnung als beschleunigtes Verfahren oder Eilverfahren bezeichnet wird und für das Urkundenverfahren nicht – wie im Falle des Wechsel- oder Scheckprozesses gemäß § 604 Abs. 2 ZPO – verkürzte Ladungsfristen gelten. Die Gewährung eines vorläufigen gerichtlichen Beistands kann jedoch nicht den Zweck an sich, sondern nur das Mittel zur Erreichung des Zweckes darstellen<sup>18</sup>. Dies ändert aber nichts daran, daß die konkrete gesetzliche Ausgestaltung des Urkundenprozesses auf eine zügige Durchführung des Verfahrens angelegt ist.

Im Urkundenverfahren hat die klagende Partei im Streitfall alle anspruchsbegründenden Tatsachen ausschließlich durch Urkunden gemäß § 592 ZPO zu beweisen. Der Beweisantritt erfolgt durch „... bloße ...“ Vorlegung der betroffenen Urkunde (§ 595 Abs. 3 ZPO), so daß langwierige Zeugeneinvernahmen oder aufwendige Sachverständigen-gutachten nicht in Betracht kommen. Wenn überhaupt ergibt sich ein Verzögerungspotential nur über den Antrag auf Parteivernehmung nach § 595 Abs. 2 ZPO. Die Einwendungen der Gegenseite unterliegen gemäß § 595 Abs. 2 ZPO ebenfalls der Beschränkung der Beweismittel. Die Widerklage ist gemäß § 595 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Erst im Nachverfahren entfällt die Beschränkung der Beweismittel und die Sache kann unter Rückgriff auf alle von der ZPO zugelassenen Beweismittel erneut überprüft werden. Das Vorverfahren ist damit von prozessualen Vorgängen entlastet, die regelmäßig im ordentlichen Verfahren zu einer Zeitverzögerung – im Hinblick jedenfalls auf eine instanzbeendende Entscheidung – führen können.

Zuzugestehen ist der Auffassung des OLG München allerdings, daß auch im Urkundenprozeß die allgemeinen Verfahrensregeln gelten, soweit das Gesetz keine abweichende Regelung trifft. Diese abweichende Regelung kann sich allerdings auch aus dem Zweck des Urkundenprozesses ergeben, der dem Kläger durch das Vorbehaltsurteil eine beschleunigte, wenn auch provisorische Rechtshilfe gewähren will<sup>19</sup>. Eine Aussetzung des Verfahrens aus welchen Gründen auch immer widerspricht diesem Zweck. Der Zweck des Urkundenprozesses begrenzt deshalb den Reichweite des § 148 ZPO. Für dieses Ergebnis spricht maßgebend der Regelungszweck des § 148 ZPO, der der Vermeidung vorschneller Entscheidungen und damit unnötiger folgender Rechtsmittel dient<sup>20</sup>. Der Urkundenprozeß ist aber gerade auf eine vorläufige, nach Maßgabe des § 599 Abs. 1 ZPO von Amts wegen<sup>21</sup> als Vorbehaltsurteil auszuweisende Entscheidung und damit auf ein Nachverfahren ausgelegt. In dem folgenden Nachverfahren kann das (Zahlungsklage-)Verfahren zwanglos nach Maßgabe des § 148 ZPO ohne weiteres ausgesetzt werden – auch um der dann tatsächlich begründeten Gefahr sich widersprechender rechtskräftiger Entscheidungen zu begegnen<sup>22</sup>. Denn im Ergebnis besteht – soweit ersichtlich – Eignigkeit, daß dann, wenn das Vorbehaltsurteil in einem Nachverfahren aufgehoben und die Klage (rechtskräftig) abgewiesen wird, damit ebenfalls ein etwa in höherer Instanz noch anhängiger Urkundenprozeß endet<sup>23</sup>.

Auch wenn die Aussetzung des Urkundenprozesses danach nur zulässig ist, soweit sie nicht im Widerspruch zum Sinn und Zweck des Urkundenprozesses steht oder der Gefahr sich widersprechender rechtskräftiger Entscheidungen in isolierten Streitfällen begegnet werden muß<sup>24</sup>, mag noch gesondert überlegt werden, ob nicht die Vermeidung einer auch nur zeitlich begrenzten Existenz sich widersprechender (nicht rechtskräftiger) Entscheidungen wenigstens im Einzelfall die Aussetzung des Urkundenprozesses nach § 148 ZPO rechtfertigen kann. Das ist nicht der Fall. Der Gesetzgeber akzeptiert für den Fall des Urkundenprozesses ausdrücklich das Risiko, daß der in einem Urkundenprozeß erlangte Titel nicht „... endgültig ...“, gleichwohl aber als solcher vollstreckbar ist und im Nachverfahren aufgehoben werden kann. Anderenfalls würden die Regelungen zu dem Vorbehaltsurteil einerseits und dem Nachverfahren andererseits keinen Sinn machen. Die in § 708 Nr. 4 ZPO postulierte vorläufige Vollstreckbarkeit des Urkundenurteils stützt diese Auffassung. In

12 So ausdrücklich BGH v. 8.1.2004 – II ZR 401/02, NJW-RR 2004, 1000 (1001) unter Bezugnahme auf RG SeuffA 58 Nr. 88; Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, Vor § 592 Rz. 1; Braun in Münch.Komm. zur ZPO, 2000, Vor § 592 Rz. 1.

Vgl. Motive zum Entwurf der ZPO, in Hahn, Die gesammelten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2, 1983, S. 387 f.

13 Vgl. Hahn, aaO, S. 387 f.

14 So Schilken, ZPO, 4. Aufl. 2002, § 23 Rz. 791; Wieczorek/Schütze/Olzen, ZPO, 3. Aufl. 1998, Vorbem. §§ 592–605 a Rz. 1, 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, 16. Aufl. 2004, § 162 Rz. 2.; kritisch Peters, Rechtsnatur und Beschleunigungsfunktion des Urkundenprozesses, 1996, S. 244 ff.

15 So BGH v. 24.4.1974 – VIII ZR 211/72, NJW 1974, 1199 (1200).

16 Hahn, aaO, S. 387 f.; insoweit wird von einer Beschleunigung durch materielle und nicht formelle Mittel gesprochen.

17 Bloching JurBüro 2003, 121 (122).

18 Bloching bezieht sich unzutreffend auf Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 63. Aufl. 2005, Vor § 592 Rz. 1.

19 Hahn, aaO, S. 387.

20 Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 63. Aufl. 2005, Einf. §§ 148–155 Rz. 2. Die Entscheidung der Aussetzung gemäß § 148 ZPO als solche untersteht dem pflichtgemessenen Ermessen des erkennenden Spruchkörpers (vgl. BGH v. 7.5.1992 – V ZR 192/91, NJW-RR 1992, 1150).

21 Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 599 Rz. 1 f.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 599 Rz. 6.

22 Zu den verschiedenen Entscheidungskollisionen zwischen Urkundenprozeß, in dem ein Vorbehaltsurteil ergangen ist, und Nachverfahren, das schon vor Rechtskraft des Vorbehaltsurteil betrieben werden kann, vgl. Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 600 ZPO Rz. 24 ff.

23 Zöller/Greger, ZPO, 25. Aufl. 2005, § 600 Rz. 27.; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 63. Aufl. 2005, § 600 Rz. 15. Der Kläger hat dann auch sämtliche Kosten des gesamten Rechtsstreits zu tragen, vgl. OLG Koblenz v. 14.3.1985 – 14 W 123/85, JurBüro 1985, 1886.

24 Ein derartiger Sachverhalt – „doppelte Prozeßaufrechnung“ – liegt z.B. der Entscheidung des BGH v. 8.1.2004 – III ZR 401/02, NJW-RR 2004, 1000 zugrunde.

## GmbH-Beratung

§ 708 Nr. 4 ZPO kommt zum Ausdruck, daß dem Vollstreckungsinteresse, mithin dem Interesse des Gläubigers an der Befriedigung seiner Ansprüche, in einem Urkundenverfahren ein weitaus höheres Gewicht beigemessen wird als demjenigen in einem ordentlichen (Regel-)Verfahren. Hierfür spricht ebenfalls, daß das Gesetz ein noch mit einem Rechtsmittel anfechtbares Urteil auch in vielen anderen Fällen bereits als Grundlage einer vorläufigen Zwangsvollstreckung ausreichen läßt, weil es das Interesse der zunächst obsiegenden Partei, ihren Klageanspruch zu verwirklichen, höher bewertet als das Interesse der Gegenpartei, bis zu einer endgültigen Klärung der Rechtslage von Vollstreckungsmaßnahmen verschont zu bleiben. Die entsprechenden Schutzmechanismen für die Schuldnerseite sind in § 708 Nr. 4 ZPO bewußt von dem Gesetzgeber eingeschränkt und jedenfalls nur nach Maßgabe der Bestimmungen der § 711, § 712 ZPO anerkannt worden. Ergo wurde das Risiko der vorläufigen Vollstreckung von sich am Ende als nicht gerechtfertigt herausstellenden Ansprüchen nach dem gesetzgeberischen Willen wissentlich in Kauf genommen. Dem Umstand, daß durch – ex post betrachtet – fehlerhafte vorläufige Entscheidungen rechtsgrundlos Folgen entstehen, wird durch den Gesetzgeber dadurch begegnet, daß das Vorbehaltsurteil nicht nur nicht in materieller Rechtskraft erwächst, sondern der aus dem Vorbehaltsurteil vollstreckende Gläubiger über die Bestimmung des § 600 Abs. 2 ZPO auch der strengen Schadenersatzpflichtverpflichtung aus § 302 Abs. 4 S. 3 ZPO unterworfen wird. Diese gesetzgeberische Wertung ist zu respektieren und beantwortet die Frage nach einer etwaigen Einzelfallgerechtigkeit nicht „... über ...“ § 148 ZPO, sondern konsequent danach, ob die Bestimmungen der § 711, § 712 ZPO in ihren Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. Liegen deren Voraussetzungen nicht vor, konnten diese zum Beispiel nicht glaubhaft gemacht werden oder ist etwa kein einschlägiger Rechtsschutzantrag gestellt worden, besteht von Gesetzes wegen keine Möglichkeit, dem Gläubiger eines Vorbehaltsurteils mit Grund die Möglichkeit einer Vollstreckung aus diesem Titel zu verweigern.

#### IV. Die Vergütungsklage von Organmitgliedern im Urkundenprozeß

Selbst wenn die Aussetzung des Urkundenprozesses wegen einer denkbaren Vorgeflichkeit der Entscheidung in einem anhängigen Bestandsverfahren über die Bestimmung § 148 ZPO als möglich anerkannt werden würde, bleibt zu fragen, wie das im Rahmen der „Kann-Bestimmung“ des § 148 ZPO dann bestehende richterliche Ermessen tatsächlich auszuüben ist. Nach richtiger Ansicht wird eine derartige Ermessensentscheidung regelmäßig nicht zu einer Aussetzung der Vergütungsklage eines Organmitgliedes im Urkundenprozeß führen dürfen. Eine Ausnahme mag nur insoweit gelten, als in dem Kündigungsschutzverfahren, das von dem Organmitglied gegen die Kündigung der beklagten juristischen Person eingeleitet worden ist, ein klageabweisendes Urteil vorliegt – selbst wenn es (noch) nicht rechtskräftig ist. Dieses Ergebnis wird deutlich, wenn die unterschiedlichen Verfahrensverläufe vergegenwärtigt werden.

##### 1. Vorliegen eines (nicht rechtskräftigen) Urteils in dem Bestandsrechtsstreit

Wenn und soweit ein (noch nicht rechtskräftiges) Urteil die Unwirksamkeit der Kündigung des Anstellungsver-

hältnisses eines Organmitgliedes festgestellt hat, ist ein überwiegendes Interesse der auf Zahlung im Urkundenprozeß verklagten juristischen Person an einer Aussetzung dieses Zahlungsklageverfahrens nicht anzunehmen. Das erstinstanzlich bestätigte Interesse des Organmitgliedes an dem Fortbestand seines Dienstverhältnisses und der damit begründete Anspruch auf die vereinbarte Vergütung ist tituliert und als solches wohl zu Recht schützenswert<sup>25</sup>. Zwar wird durch ein Urteil, das noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, keine endgültige Klarheit über den Fortbestand des Dienstverhältnisses geschaffen. Die Parteien hatten aber Gelegenheit, dem Gericht in einem ordentlichen Prozeßverfahren die zu der rechtlichen Beurteilung der Kündigung aus ihrer Sicht erforderlichen Tatsachen vorzutragen, dafür Beweis anzutreten und Rechtsauffassungen darzustellen. Trifft ein Gericht daraufhin eine die Instanz abschließende Entscheidung und steht danach die Unwirksamkeit der Kündigung fest, kann das Organmitglied sogar urkundlich – eben durch das vorliegende Urteil – nachweisen, daß der für die erklärte Kündigung behauptete Beendigungstatbestand des Anstellungsverhältnisses nicht vorliegt. Entsprechend wird von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung in dem vergleichbaren Fall, in dem ein Arbeitnehmer in einem arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzverfahren erstinstanzlich obsiegt hat, die Entscheidung aber durch den Arbeitgeber angegriffen wird und der Arbeitnehmer Zahlungsansprüche klageweise nach § 615 BGB geltend macht, unter Hinweis auf die mit § 708 Nr. 4 ZPO insoweit wirkungsgleiche Vorschrift des § 62 ArbGG nur in besonders begründeten Ausnahmefällen Vollstreckungsschutz gewährt<sup>26</sup>.

##### 2. Fehlen eines Urteils in dem Bestandsrechtsstreit

Ob ein überwiegendes Interesse des Organmitgliedes an der Fortsetzung des Verfahrens auch dann anzunehmen ist, wenn noch keine erstinstanzliche Entscheidung in dem Bestandsrechtsstreit zugunsten des Organmitgliedes vorliegt, ist nach den oben genannten Entscheidungen des OLG München und des BGH fraglich. Wenn die Vermeidung von divergierenden Entscheidungen ein wesentliches prozessuales Interesse darstellt, müßte, soweit kein solches überwiegendes Interesse des Organmitgliedes dargelegt werden kann, die Interessenabwägung regelmäßig zum Nachteil des klagenden Organmitgliedes ausfallen. Andererseits ergibt sich sowohl aus der Entscheidung des OLG München als auch namentlich derjenigen des BGH, daß eine Aussetzung des Verfahrens nur unter besonderen Umständen angemessen erscheint.

<sup>25</sup> Vgl. so ausdrücklich für Arbeitsverhältnisse und zum Beschäftigungsanspruch BAG v. 27.2.1985 – GS 1/84, NZA 1985, 702.

<sup>26</sup> Vgl. LAG Düsseldorf v. 23.12.1982 – 7 Ta 299/82, EzA, § 148 ZPO Nr. 13; LAG Köln v. 17.12.1985 – 9 Ta 230/85, NZA 1986, 404; LAG Nürnberg v. 9.6.1986 – 3 Ta 8/86, NZA 1987, 211; vor allem LAG Thüringen v. 27.6.2001 – 6/9 Ta 160/2000. Vergütungsklagen im Urkundenprozeß werden regelmäßig von Fremdorganen oder nicht beherrschenden Gesellschafterorganen anhängig gemacht, so daß insoweit ein Rückgriff auf vergleichbare Konstellationen im Arbeitsrecht nahe liegt. Deshalb wurden durch den BGH im Einzelfall auch bereits arbeitsrechtliche Schutzvorschriften zugunsten des Fremdorgans und des nicht beherrschenden Gesellschafter aufgrund der vergleichbaren Interessenslage angewendet. Vgl. BGH v. 29.1.1981 – II ZR 92/80, GmbHR 1981, 752; v. 9.3.1987 – ZR 132/86, GmbHR 1987, 158.

## GmbH-Beratung

Ein zugunsten des klagenden Organmitglieds wirkendes Interesse ist wohl zunächst in dem Umstand zu sehen, daß im Falle einer streitigen fristlosen Kündigung dem Bestand des Anstellungsvertrags, der nun einmal als solcher existiert, eine stärkere Bedeutung zukommen muß als einem darzulegenden und nachzuweisenden Kündigungsgrund, dessen Vorliegen gerade streitig ist. Ein überwiegendes Interesse des Organmitglieds an der Fortdauer des Verfahrens ist jedenfalls auch dann anzunehmen, wenn die ausgesprochene Kündigung offen sichtbar rechtswidrig<sup>27</sup> ist oder willkürlich<sup>28</sup> erfolgt war. Ob ein Aussetzungsinteresse aber mit Recht für eine Vergütungsklage im Urkundenprozeß verneint werden kann, die eine Vergütung über die vereinbarte oder gesetzliche ordentliche Kündigungsfrist hinaus geltend macht, erscheint nachhaltig zweifelhaft. Derartige Zweifel erscheinen umso mehr dann begründet, wenn der Dienstherr der Gefahr der Entreicherung des Organmitglieds ausgesetzt ist. Darüber hinaus wird ein überwiegendes Interesse des Dienstherrn an der Aussetzung des Urkundenprozesses insgesamt aber nur dann anzunehmen sein, wenn tatsächlich divergierende Entscheidungen in dem Vergütungsverfahren einerseits und dem Bestandsrechtsstreit andererseits zu erwarten sind. Aufgrund der oben näher dargelegten ratio des Urkundenprozesses kann nicht bereits die bloße Möglichkeit einer divergierenden Entscheidung die Aussetzung wegen einer eben nur möglichen Vorgeflichkeit des Bestandsverfahrens begründen. Wenn eine Aussetzung nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht gezogen werden soll, darf die Gefahr divergierender Entscheidungen zwischen Vergütungsprozeß und Bestandsverfahren nicht maßgebend sein. Diese Gefahr besteht aufgrund der eingeschränkten Beweismittel im Urkundenprozeß immer, wenn ein anderes vorgefliches Verfahren anhängig ist. Die Aussetzung wegen Vorgeflichkeit kann also nur dann in Betracht kommen, wenn nach einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit divergierende Entscheidungen zu erwarten sind. Das aber ist nur dann der Fall, wenn die Kündigung des Dienstverhältnisses mit dem Organmitglied augenscheinlich wirksam war (z.B. durch liquide Beweismittel dargelegt werden kann) und damit keine Ansprüche aus Annahmeverzug entstanden sein können. Anderenfalls muß das Interesse des Organmitglieds überwiegen.

## V. Fazit

Die aktuelle ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung sensibilisiert zu Recht im Anwendungsbereich des Urkundenverfahrens die Frage, ob an der langjährig vorherrschenden Meinung, wonach eine Aussetzung des Urkundenprozesses wegen Vorgeflichkeit nach § 148 ZPO quasi per se nicht in Betracht kommt, ohne weiteres festgehalten werden kann. Zwar überzeugen die Argumente, eine Aussetzung gemäß § 148 ZPO in einem Urkundenprozeß regelmäßig nicht zuzulassen und insbesondere bei Vergütungsklagen von Organmitgliedern zu verneinen. Eine Selbstverständlichkeit kann darin allerdings nicht (mehr) gesehen werden – und das eröffnet wechselseitig erhebliche Möglichkeiten und/oder Gefahren, die es wahrzunehmen gilt oder denen zu begegnen ist.

<sup>27</sup> Ein solcher Fall ist etwa vorstellbar, wenn der Verfasser der Kündigung keine Vertretungsmacht besitzt, die Kündigung auszusprechen oder die entsprechende Zuständigkeit fehlt.

<sup>28</sup> Willkür dürfte vorliegen, wenn jede Begründung für die erklärte fristlose Kündigung fehlt und trotz Aufforderung auch nicht nachgereicht wird.

## Rechtsprechung

### Gesellschaftsrecht

#### Haftung des Geschäftsführers: Abgrenzung von vorübergehender Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit einer GmbH

InsO § 17; GmbHG § 64 Abs. 2

**1. Eine bloße Zahlungsstockung ist anzunehmen, wenn der Zeitraum nicht überschritten wird, den eine kreditwürdige Person benötigt, um sich die benötigten Mittel zu leihen. Dafür erscheinen drei Wochen erforderlich, aber auch ausreichend.**

**2. Beträgt eine innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 % seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, daß die Lücke demnächst mehr als 10 % erreichen wird.**

**3. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 % oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, daß die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalls zuzumuten ist.**

BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04

#### ► Tatbestand:

Der Beklagte (Bekl.) ist alleiniger Geschäftsführer und hälftiger Gesellschafter der J-GmbH (fortan: Schuldnerin). Diese wurde von der K-GmbH beauftragt, für ein Entgelt von – zunächst – 1.980.000 DM Konstruktionsleistungen für die Automobilindustrie zu erbringen. Sie schaltete ihrerseits die S und die SW-GmbH als Subunternehmer ein. Wegen der Abwicklung des Auftrags kam es zu einem Rechtsstreit zwischen der Schuldnerin und K, der am 9.9.1999 vergleichsweise wie folgt beendet wurde: Die Schuldnerin verpflichtete sich, die vertragliche Leistung bis 14.9.1999 zur Verfügung zu stellen. K verpflichtete sich, an die Schuldnerin bis 15.9.1999 700.000 DM zu zahlen und bis zum 30.9.1999 weitere 700.000 DM, von denen sie allerdings 400.000 DM sollte zurückbehalten dürfen, sofern sie die Leistung für nicht in Ordnung befinden und deswegen eine „qualifizierte Rüge“ erheben sollte. Auf weitergehende Ansprüche von angeblich 2,6 Mio. DM verzichtete die Schuldnerin. K, die von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machte, zahlte auf den Vergleich insgesamt 1 Mio. DM, davon 305.090,70 DM unmittelbar an eine Gläubigerin der Schuldnerin.

Die Buchhaltung der Schuldnerin ermittelte zum 9.9.1999 Verbindlichkeiten i.H.v. 2.659.151,25 DM. Dem standen gegenüber liquide Mittel und kurzfristig einbringliche Forderungen i.H.v. 1.122.323,04 DM. Dabei waren die Zahlungen der K i.H.v. 1 Mio. DM bereits berücksichtigt. Neben diesen Aktiva waren nur noch Vorräte und Anlagevermögen mit einem Fortführungswert von insgesamt 11.124 DM vorhanden.

Später zahlte der Bekl. an verschiedene Gläubiger 1.175.076,68 DM. Nach seinem Vortrag stellte er für die