AGS ACKER GÖRLING SCHMALZ RECHTSANWÄLTE•
BOCKENHEIMER LANDSTRAßE 33 - 35 • 60325 FRANKFURT

Vorab per Telefax-Nr.: 0711/212-3535 oder -3556

Landgericht Stuttgart
Urbanstr. 20
70182 Stuttgart

UNSER ZEICHEN, UNSERE NACHRICHT	TELEFON	E-MAIL	DATUM
455/1499 oz/nh/db D64/2977	+49 69 / 76 80 73-252 Standort FRANKFURT	o.zoell@ags-legal.com	25. November 2014

In Sachen

Nord-Süd Hausbau GmbH

gegen

Talmon l'Armée

- 38 O 87/14 -

wird namens und im Auftrag des Beklagten unter anwaltlicher Versicherung der Bevollmächtigung beantragt werden:

1. **Die Klage wird abgewiesen.**

2. **Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.**

Für den Fall, dass der Klage (teilweise) stattgegeben wird, wird vorsorglich **Vollstreckungsschutz beantragt**.

FRANKFURT

WENDELIN ACKER
Partner / Rechtsanwalt

DR. HELMUT GÖRLING
Partner / Rechtsanwalt / Diplom-Verwaltungswirt

GERHARD SCHMALZ
Partner / Rechtsanwalt

ALBRECHT VON EISENHART-ROTHE
Partner / Rechtsanwalt

DR. JAN KAPPEL
Partner / Rechtsanwalt

DR. DIRK SEILER
Partner */ Rechtsanwalt / Fachanwalt für Strafrecht

THOMAS GÜNTHER
Partner / Rechtsanwalt

RAINARD CLAUS
Partner / Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

OLIVER ZÖLL
Partner */ Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

PROF. DR. JÜRGEN GRAMKE
Rechtsanwalt / Staatsminister a. D.

SYLVIA SCHENK
Rechtsanwältin / Of Counsel

PHILIPP KÄRCHER
Partner / Rechtsanwalt

DR. SABINE GÖRG
Rechtsanwältin

MICHAEL KANDEL
Rechtsanwalt

DR. JAN EHLING, MLE
Rechtsanwalt

CHRISTINA SCHMITT
Rechtsanwältin

JIN-BUM YOON
Rechtsanwalt

NICOLE STEPPAT
Rechtsanwältin

CAROLIN BRAND
Rechtsanwältin

DR. JOSIP KUVAČ
Rechtsanwalt

FLORIAN JUNKERS
Rechtsanwalt

PAULINA DREIFUSS ARAVENA
Rechtsanwältin

BERLIN

DR. CLAAS DE BOER, LL.M. (AUS)
Partner */ Rechtsanwalt

DR. CHRISTINA SINNECKER
Rechtsanwältin

DR. MICHAEL LIEDKE
Rechtsanwalt

DR. WOLFGANG BOMBA, LL.M.
Partner / Rechtsanwalt

DR. OLIVER FAWZY
Rechtsanwalt

HAMBURG

DIETMAR LAMPE
Partner */ Rechtsanwalt

SIGRID ROSKOSNY
Partnerin */ Rechtsanwältin

DR. PEER FELDHAHN
Partner */ Rechtsanwalt / Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

*Nicht Partner gemäß PartGG

Begründung:

Die Klage ist abzuweisen, da (i) das Urkundsverfahren hier nicht die statthafte Klageart ist, vgl. II 1.; (ii) die Vorsitzende des Gesellschafterausschusses Frau Zöller-Unger dann den Abschluss des Beratervertrages zugestimmt hat; (iii) und diese Beauftragung auf einem Beschluss des Gesellschafterausschusses beruht. (iv) Hilfsweise ist anzunehmen, dass keine Annexkompetenz des Gesellschafterausschusses besteht und daher der Geschäftsführer Weidner zuständig war einen Beratervertrag mit dem Beklagten anzuschließen.

Im Einzelnen:

I.
Sachverhalt

Vorab sei angemerkt, dass auch im Urkundsverfahren der Sachverhalt vollständig und richtig dargestellt werden muss. Die eingeschränkte Möglichkeit der Beweisführung enthebt nicht von der prozessualen Wahrheitspflicht.

Insoweit weißt der Vortrag der Klägerin einige Lücken auf.

1.
Der Sachverhalt ist z.B. dahingehend zu ergänzen, dass die Vorsitzende des Gesellschafterausschusses – Frau Zöller-Unger – über den Abschluss des Beratungsvertrages informiert war und diesen sogar in Auftrag gegeben hat: Seit der Kündigung des Beklagten fanden eine ganze Reihe von Gesprächen mit dem Geschäftsführer Weidner und dem Beklagten in der Kronenstraße 51, Stuttgart bzw. im Hotel Unger – das Hotel von Frau Zöller-Unger ebenfalls in der Kronenstraße, Stuttgart – statt und es wurde besprochen, wie die Zusammenarbeit mit dem Beklagten nach seinem Ausscheiden konstruktiv weiter geführt werden könnte. Er sollte für die Klägerin verschiedene Projekte fortführen, auf die wir später näher eingehen werden. Es wurde mehrfach die Verkürzung der Kündigungsfrist und der Abschluss des Beratungsvertrags für die Folgezeit besprochen. Frau Zöller-Unger sagte daraufhin in der zweiten Novemberhälfte 2013 sinngemäß zu Herrn Weidner und dem Beklagten, dass diese das Besprochene umsetzen sollten. Frau Zöller-Unger und dem gesamten Gesellschafterausschuss war es nämlich besonders wichtig in der Außenwirkung mit Beratungsleistungen durch den Beklagten „werben" zu können, da nach der Kündigung durch den Beklagten sich bei den Gesellschaftern, durch die Kündigung des Hauptgesellschafters Martin Zöller, eine ganz neue Situation für die Gesellschaft ergeben hatte und daraufhin der Beklagte gebeten wurde beratend auch in dere Zukunft zur Seite zu stehen. Wegen dieer geäußerten Interessenlage der Ausschussmitglieder haben Herr Weidner und der Beklagte in folgenden Gesprächen die Möglichkeiten diskutiert und daraufhin die verschiedenen vertraglichen Vereinbarungen in Form der „Aktennotiz" entworfen und unterzeichnet. Dabei erfolgte zunächst die Unterschrift von Herrn Weidner und danach die von Herrn

Talmon l'Armée. Frau Zöller-Unger wurde dann auch über den Inhalt informiert und äußerte sich dabei mit der Ausssage *„Da haben Sie sich aber günstig verkauft, ich hätte einen höheren Betrag erwartet."*

Beweis: Parteivernehmung des Beklagten und des Geschäftsführers Weidner (Genehmigung wird vorbehalten)

Damit ist klar, dass hier die Vorsitzenden des Gesellschafterausschusses Frau Zöller-Unger den Geschäftsführer Weidner mit dem Abschluss des Beratungsvertrages und der Verkürzung der Laufzeit des Geschäftsführerdienstvertrages beauftragt hat. Dieser handelte aus seiner Sicht also als Bevollmächtigter. Nur so konnte es auch der Beklagte verstehen. Frau Zöller-Unger war dieses „Beratungsmandat" auch in der außenwirkung sehr wichtig, da der Beklagte der Hauptansprechpartner für die Banken war und nach der Kündigung des Hauptgesellschafters Martin Zöller die Situation in der Außenwirkung „beruhigt" werden sollte.

Beweis: wie vor.

Für das Nachverfahren wird vorbehalten sowohl gegen den Geschäftsführer Weidner als auch gegen die Vorsitzende des Gesellschafterausschusses eine Drittwiderklage wegen Schadensersatz auf Grund von Vertretung ohne Vertretungsmacht geltend zu machen, sollte sich herausstellen, dass eine Bevollmächtigung nicht vorlag.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Frau Zöllner-Unger vielfach direkt Einfluss auf die Geschäftsführung genommen hat. Diese hat Weisungen und Empfehlungen der Frau Zöller-Unger in der Regel direkt umgesetzt. Deswegen wurde auch die Verkürzung des Dienstvertrages und der Abschluss des Beratervertrages, wie oben beschrieben, „abgewickelt".

Beweis: wie vor.

2.

Dafür, dass nach Abschluss des Beratungsvertrages der Beklagte mit Wissen und Wollen der Gesellschaft, insbesondere des Geschäftsführers Weidner und Frau Zöller-Unger, früher ausschied und als Berater für die Klägerin tätig war, gibt es verschiedene Beweise, die im Folgenden aufgezählt werden:

a. Die Pressemeldung vom 9. Dezember 2013 zum Ausscheiden des Beklagten enthält den Hinweis darauf, dass dieser zum April 2014 ausscheidet dann aber weiter für die Klägerin" beratend tätig" sein wird. Diese Pressemeldung wurde von den Beteiligten auf Seiten der Klägerin und dem Kläger zusammen mit Herrn Axel Wolfgang von der echolot Werbeagentur GmbH erstellt. Mit Email vom 17.10.2014 bestätigt Herr Wolfgang dem Beklagten, dass es zu der Pres-

semeldung ein Treffen gab, an dem unter anderem auch Herr Weidner und Frau Zöller-Unger teilgenommen haben.

Beweis: Email des Herrn Wolfgang vom 17.10.2014 über die Vorgänge im November/Dezember 2013 als **Anlage B1**

Die Pressemeldung (vgl. 1. Seite Anlagenkonvolut) wurde dann auch so z.B. Immobilienbrief Stuttgart und auf der Internetseite „immobilienmanager" veröffentlicht und ist bis heute (Stand des Abrufs durch Unterzeichner, 20.11.2014) unter http://www.nord-sued-hausbau.de/files/attachments/pm_nordsuedhausbau_frank_talmon_larmee_scheidet_aus_geschaeftsfuehrung_aus.pdf im Pressebereich auf der Homepage der Klägerin abrufbar.

Beweis: Anlagenkonvolut Pressemeldung als **Anlage B2**

Es mutet schon seltsam an, dass die Gesellschaft nach außen eine Beratung durch den Beklagten verkündet, dann aber den Beratungsvertrag für nichtig erklären will und nunmehr im Klageweg die Beratungsgebühren herausfordert.

b. Im Übrigen gab es eine klare zeitliche Abfolge der einzelnen Aktivitäten: Nach der Kündigung erfolgten Gespräche im Ausschuss, mit Frau Zöller-Unger und mit Herrn Weidner, wie man die Beendigung des Geschäftsführervertrages kommunizieren wollte und über die Beratungsleistungen und erst als der Beratungsvertrag abgeschlossen war, wurde im engeren zeitlichen Zusammenhang die gemeinsam verabschiedete Pressemitteilung herausgegeben. Darüber wurde auch der Ausschuss in der folgenden Sitzung am 17. Dezember 2013 informiert. Wir erlauben uns auch darauf aufmerksam zu machen, dass die finanzierenden Banken das Beratungsmandat sehr begrüßt haben und in gemeinsamen Gesprächen die dort stattgefunden hatten gerade insbesondere Frau Zöller-Unger den Abschluss des Beratungsmandats gelobt haben.

c. Darüber hinaus, war der Beklagte u.a. in den folgenden Projekten mit Wissen der Klägerin als Berater tätig:

i. Projekt „Weitblick" Böblinger Flugfeld: Thema Energiekonzept, Windkraft Strom
ii. Projekt „Falkertstraße": Passivhausplus, elektrische Zuheizung
iii. Neckarpark: Kontaktpflege zur Stadt Stuttgart wegen geplanter späterer Akquisitionen
iv. SMART-e-LIFE: Konzept zur modularen Fertigung von Gebäuden

Die im Folgenden vorgelegte Korrespondenz von Anfang Mai/Ende April 2014 zum/nach Ende des Dienstvertrages der Beklagten zeigt, dass eine Beratungsleistung des Beklagten mit Wissen und Wollen der Gesellschaft und der Gesellschafter stattfand. Dies waren nicht nur Frau Zöller-Unger bekannt, sondern auch den Gesellschaftern Braun (vgl. Weiterleitung vom 8. Mai

2014 der E-Mail an Frau Zöller-Unger). Bemerkenswert ist noch der Hinweis in der E-Mail vom 28. April 2014 von Frau Münzenmayer auf die „Liquiditätssituation" der Gesellschaft/Klägerin. Insoweit sollte der Beklagten mittels seiner beratenden Tätigkeit sein Projekt auf seinen neuen Arbeitgeber überführen

Beweis: Anlagenkonvolut Beratungstätigkeit als **Anlage B3.**

Außerdem wurden kurz vor dem Ausscheiden des Beklagten diverse Beratungsthemen in einem Gespräch ungefähr im März 2014 zwischen Frau Zöller-Unger, Herrn Weidner und dem Beklagten vereinbart, die neben den o.g. Themen, das Mitwirken bzgl. Nachbarschaftszumstimmungen eines geplanten Projektes in Großbottwar, die Mitwirkung bei der Erstellung des Lageberichtes sowie Abarbeitung noch offener Themen rund um die Kündigung des Gesellschafters Martin Zöller, umfassen sollten. Darüber hinaus sollte der Beklagte noch Kontakte überführen, die an etwaigen Akquisitionen interessiert sein könnten oder aber an der Finanzierung des Unternehmens sich beteiligen würden.

3.

Außerdem lag entgegen der Darstellungen der Klägerin eine Bevollmächtigung von Frau Zöller-Unger durch den Gesellschafterausschusses vor, der bis zum dem Zeitpunkt des Abschlusses des Beratungsvertrages und der Verkürzung des Dienstvertrages nachwirkte. Die Vorsitzende des Gesellschafterausschusses ist nachweislich eines Gesellschafterausschuss für die Änderung von Geschäftsführerverträgen bevollmächtigt worden. Dies ergibt sich aus TOP 3 „Anpassung der Geschäftsführerverträge" der außerordentlichen Sitzung des Gesellschafterausschusses vom 6. September 2013. Dokumentiert ist diese Sitzung im Protokoll vom 18.09.2013. Das Protokoll wurde vom Beklagten als Protokollführer erstellt und ist an alle Mitglieder des Gesellschafterausschusses ausgehändigt worden.

Beweis: Kopie des Protokolls vom 6. September 2013, vorgelegt als **Anlage B4**.

Nimmt man jedoch ein Fortwirken dieser Bevollmächtigung nicht an, muss I. Ziffer 4 in Bezug auf den Beratervertrag gelten. In Bezug auf den Dienstvertrag bleibt für das Nachverfahren vorbehalten, dass das Gehalt für die Verkürzung der Laufzeit zu zahlen ist. Die Klägerin befand sich in Annahmeverzug.

4.

Hilfsweise muss jedoch das Folgende gelten: Letztlich kommt es auf die vorgenannten Bevollmächtigungsvorgänge für den Beratervertrag nicht mehr an, da der Vertrag als „normaler" Be-

ratervertrag abgeschlossen werden sollte, für den der Geschäftsführer Herr Weidner die Vertretungsmacht hatte und immer noch inne hat.

Beweis: 1. Vorlage des historischen Handelsregisterauszugs der Klägerin, als **Anlage B5**.
2. Parteivernehmung des Beklagten

Auf die rechtlichen Ausführungen zur mangelenden Annexkompetenz wird verwiesen (II. Ziffer 2).

5.
In Bezug auf die Urlaubsabgeltung 2013 und 2014 ist die Anlage K4 nicht als Weisung, die der Beklagte erteilt hat, zu verstehen. Das Schreiben stammt von Frau Beate Kopriva, wie aus dem Briefkopf zu ersehen ist. Es ist reine Berechnung, die zu Informationszwecken zusammengestellt wurde.

Die Anlage 5 ist ebenfalls keine Anweisung oder Vereinbarung, sondern ein Vorschlag für die Abrechnung. Auch hier war Frau Kopriva beteiligt, wie daran zu erkennen ist, dass sie „cc" gesetzt ist.

Diesen Vorschlägen zur Umsetzung der Abrechnungen ist Herr Weidner, als Vertreter der Klägerin, der sich bekanntlich mit Frau Wöller-Unger abgestimmt hat, niemals entgegengetreten.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im Geschäftsführerdienstvertrag in § 8 (2) geregelt ist, dass der Geschäftsführer einen Urlaubsabgeltungsanspruch hat soweit sein Jahresurlaub ganz oder teilweise nicht genommen werden kann.

Beweis: Anstellungsvertrag vorgelegt als Anlage K1

Der Beklagte wurde zudem von Herrn Weidner und Frau Zöller-Unger gebeten, seine Tätigkeit bis zum letzten Tag auszuüben.

Beweis: Parteivernehmung des Beklagten und des Geschäftsführers Weidner (Genehmigung wird vorbehalten).

II.
Rechtliche Ausführungen

1. Urkundsverfahren als unstatthafte Klageart

Laut der Rechtsprechung des BGH ist das Urkundsverfahren unstatthaft, wenn der Beklagte nur seine Hilfsverteidigung, nicht aber auch seine primäre Verteidigung im Urkundsverfahren nachweisen kann. In diesem Fall soll nach herrschender Meinung § 597 Absatz 2 ZPO analog Anwendung finden (BGHZ 80, 99). Im vorliegenden Verfahren ist die rechtliche Bewertung des Beratervertrags als einem Vertrag, den der Geschäftsführer der Gesellschaft im Rahmen seiner originären Kompetenzen abschließen kann, als Hilfsverteidigung zu qualifizieren. Die Hauptverteidigung wäre hier der Nachweis, dass die Vorsitzende des Gesellschafterausschusses Frau Zöller-Unger mit Wissen und Wollen die Aktennotiz hat abschließen lassen; es ist zweifelhaft, ob dies in diesem Verfahrensstadium gelingen wird. Damit ist die Verfahrensart als unstatthaft zu qualifizieren.

Weiterhin ist das Urkundsverfahren deswegen nicht statthaft, da sich der angebliche Anspruch der Klägerin gar nicht direkt aus den Urkunden ergibt. Ein Rückzahlungsanpruch oder Schadensersatzanspruch ist den von der Klägerin vorgelegten Urkunden nicht geregelt. Denn letztlich handelt sich – wenn überhaupt – um einen Kondiktionsanspruch, der sich nicht aus der Urkunde sondern aus dem Gesetz ergibt.

2. Keine Annexkompetenz für den Beratervertrag

Soweit eine Bevollmächtigung von Herrn Weidner nicht angenommen werden kann, muss man also hilfsweise davon ausgehen, dass es an der geltend gemachten Annexkompetenz für den Abschluss des Beratungsvertrages fehlt.

Die Klägerin setzt in ihrer rechtlichen Argumentation in der Klageschrift voraus, dass der Beratervertrag nichtig ist, da er ohne einen Beschluss der Gesellschafterversammlung zwischen Herrn Weidner und dem Beklagten abgeschlossen wurde. Die Voraussetzung für diese Argumentation ist, dass tatsächlich eine Annexkompetenz des Aufsichtsrats bzw. (wegen Delegation) des Gesellschafterausschusses besteht. Anders als die Klägerin auf Seite 8 des Schriftsatzes vom 07.10.2014 glauben machen will, ist dies aber keine herrschende Meinung: Denn – bis auf eine Ausnahme – bestätigen sämtliche von ihr dort genannten Quellen ihre Ansicht nicht. Die Ausführungen der Rechtsprechung zur Annexkompetenz betreffen nach hiesigem Verständnis keine Beraterverträge von Geschäftsführern. Allein der Aufsatz von *Leinekugel/Häusel* (a.a.O. im Schriftsatz der Klägerin) greift das Thema im Sinne der Klägerin auf. Letztendlich überzeugt diese Ansicht für den vorliegenden Fall nicht, da Beraterverträge für ausgeschiedene Geschäftsführer, also solche die nicht parallel mit der Amtszeit laufen, nicht in die Annexkompetenz des Aufsichtsrates fallen (vgl. *Zöllner* in Baumbach Hück § 46 GmbHG, RN 38 a.). Nur dies

macht auch Sinn, da nur im Falle eines parallel zu der Geschäftsführertätigkeit laufenden Beratervertrages die Gefahr einer Interessenkollision realistisch ist. Diskussionen über einen „cool down" stellen sich ohne gesetzliche Regelung dazu nicht. Nach dem Ende des Dienstverhältnisses steht der Geschäftsführer der Gesellschaft als normaler Dritter entgegen. Damit war der Geschäftsführer für den Abschluss des Beratervertrages des Beklagten, der ja ab dem Ende der Beschäftigung und nach Ende des Amtes zu laufen begann, originär zuständig.

4. Urlaubsabgeltung

Zunächst ergibt sich ein Rückforderungsanspruch in Bezug auf die Zahlungen zur Abgeltung des Urlaubs nicht aus einer der vorgelegten Urkunden. Im Gegenteil: Aus dem Anstellungsvertrag (§ 8 (2)) ergibt sich, ein Abgeltungsanspruch des Beklagten.

Auch im Übrigen ist ein Rückforderungsanspruch nicht ersichtlich, denn es steht fest, dass der Urlaubsanspruch aus 2013 und der anteilige Anspruch für 2014 bis zum Ende des Dienstverhältnisses nicht genommen wurden. D.h. damit besteht ein Abgeltungsanspruch des Beklagten (ein solcher Anspruch besteht auch für Geschäftsführer, vgl. Seidl in Kütterner Kap 204, Rn. 31), welcher durch die Zahlungen aber bereits erfüllt ist. Dabei ist von Seiten der Klägerin nicht ohne Rechtsgrund geleistet worden. Es ist insoweit darauf hinzuweisen, dass es der Klägerin freigestanden hätte, den Urlaub zu erteilen. In einem solchen Fall wäre der Abgeltungsanspruch nicht entstanden.

Darüber hinaus ist noch zu bemerken, dass der Hinweis darauf, dass hier angeblich eine Annexkompetenz des Gesellschafterausschusses in Bezug auf Urlaubsfragen besteht, nicht verfängt. Für solche alltäglichen „payroll" Fragen in eigener Sache sind die Geschäftsführer verantwortlich.

5. § 711 ZPO

Im Fall des Urkundsverfahren ist nach den gesetzlichen Regelungen eine Abwendungsmöglichkeit auszusprechen; dies übersieht die Klägerin bei ihrem Antrag zu 3).

6. Schutzantrag des Schuldners (§ 712 ZPO)

Darüber hinaus stellt der Beklagte einen Schutzantrag, da eine vorläufige Vollstreckung des Urteils für ihn einen nicht zu ersetzten Nachteil bringen würde.

Denn die Gesellschafter haben mittlerweile größtenteils die Gesellschaft aufgekündigt und planen auf Grund der schlechten wirtschaftlichen Lage (Liquidität) möglicherweise eine Liquidation der Klägerin.

Beweis: Parteivernehmung des Beklagten und des Geschäftsführers Weidner (Genehmigung wird vorbehalten)

Insoweit ist auch der Hinweis auf die schlechte Liquiditätssituation der Gesellschaft/Klägerin aus dem Anlagenkonvolut B3 beachtlich; auf die Ausführungen dazu und die Anlage wird entsprechend verwiesen.

Das Gericht wird um Hinweis gebeten, ob das Bedürfnis für eine weitere Glaubhaftmachung in Bezug auf den Schuldschutzantrag notwendig ist. Es können insoweit Unterlagen vorgelegt werden, welche die Kündigung der Gesellschaft belegen. Jedoch dürfte Parteivernehmung in der mündlichen Verhandlung zu diesem prozessualen Abschnitt für die Glaubhaftmachung ausreichend sein, da die Klägerin den Umstand der Kündigung der Gesellschaft wohl kaum ernsthaft bestreiten kann, ohne die Unwahrheit vorzutragen.

Sollte es zu einer Liquidation der Gesellschaft kommen, bedeutet dies, dass dem Beklagten ein nicht zu ersetzender Nachteil droht, da er ggf. bei einem Obsiegen im Nachverfahren seinen Rückforderungsanspruch nicht mehr realisieren kann. Die drohende Vermögenslosigkeit der Klägerin ist hier relevant, jedenfalls wenn § 711 ZPO nicht beachtet würde.

Weiterer Vortrag bleibt vorbehalten.

Es wird bezweifelt, dass in der Angelegenheit die Kammer für Handelssachen zuständig ist. Eine entsprechende Verweisung wird angeregt.

Nach alledem ist die Klage abzuweisen.

Oliver Zöll
Rechtsanwalt