

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 53/68

URTEIL

Verkündet am

17. Mai 1971

S c h o r m

Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dietrich C. J. [REDACTED],
[REDACTED] Ma[REDACTED]/H[REDACTED], Vor den Ha[REDACTED] [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Kurt K [REDACTED],
[REDACTED] L[REDACTED]-La[REDACTED], Ne[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Prof. Dr. h.c. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1971
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer,
Gähtgens, Keßler und Dr. Krohn

für R e c h t erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 12. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts zu Hamburg vom 12. Dezember 1967
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger fordert vom Beklagten als Kommanditisten
der Firma Hermann B. KG die Rückzahlung eines Dar-
lehens aufgrund folgenden Sachverhalts: Der Kläger
und seine Mutter waren die alleinigen Gesellschafter
der Fr. Import GmbH (im folgenden GmbH). Der
Kläger war alleiniger Geschäftsführer. Am 20. Oktober
1963 schlossen der Kläger, seine Mutter und der Kauf-
mann Helmut B. einen notariellen Vertrag, wonach
die Geschäftsanteile an der GmbH in Höhe von 14.000 DM
auf B. und in Höhe von 6.000 DM auf den Kläger über-
tragen wurden. Die Mutter des Klägers schied als Ge-
sellschafterin aus.

Der Kläger errichtete und unterzeichnete unter dem 23. Oktober 1963 eine

"Aktennotiz und Buchungsunterlage für die FR[REDACTED] Import-GmbH".

Darin heißt es in Ziffer 7 :

"Herr J[REDACTED] gibt der Gesellschaft ein Darlehen in Höhe von DM 70.000,--, das mit 6 % p.a. zu verzinsen ist, und das zur Rückzahlung der Bank- und Lieferantenschulden zu verwenden ist, die bis zum 31. Oktober 1963 fällig werden."

Mit Datum vom 26. Oktober 1963 bestätigte B[REDACTED] mit seiner Unterschrift, daß er von dem Inhalt der Aktennotiz Kenntnis genommen habe.

Unter dem 14. Januar 1964 schloß der Kläger mit der GmbH einen Anstellungsvertrag.

Im Mai 1964 wurde der bisher als Einzelprokurist der GmbH tätige Angestellte Han[REDACTED] zum weiteren Geschäftsführer bestellt. Nach § 11 des Gesellschaftsvertrages wurde die GmbH nunmehr von den beiden Geschäftsführern gemeinschaftlich vertreten.

Im Mai/Juni 1964 suchte der Kläger einen Teilbetrag seiner Darlehensforderung zu veräußern. Er setzte hiervon B[REDACTED] in Kenntnis, der dem Vorhaben des Klägers widersprach. Darauf kam es zu Verhandlungen über die Umgestaltung des Darlehensverhältnisses.



Am 1. Juli 1964 wurde ein "Darlehensvertrag" zwischen dem Kläger und der GmbH geschlossen. Darin heißt es:

"....

1) J[REDACTED] hat der FR[REDACTED] ein Darlehn gegeben, welches lt. Bilanz vom 30. 6. 1964 eine Höhe von DM 50.000,-- (fünfzigtausend Deutsche Mark) ausweist.

.....

6) Herr J[REDACTED] kann diesen Vertrag nur dann mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn FR[REDACTED] seinen Zahlungsverpflichtungen aus diesem Vertrag nicht fristgemäß nachkommt.

.....

8) Für die Verpflichtungen der FR[REDACTED] aus diesem Verträge übernimmt der Mehrheitsgesellschafter der FR[REDACTED], die Firma HELMUT B[REDACTED] KG, D[REDACTED], hiermit die selbstschuldnerische Bürgschaft, was durch die rechtsverbindliche Unterzeichnung dieses Vertrages anerkannt und dokumentiert wird.

9) Dieser Darlehensvertrag tritt an Stelle des Vertrages vom 22.10.1963, der hierdurch ungültig wird.

10) Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen worden"

Der Vertrag trägt die Geschäftsstempel und Unterschriften des Klägers, der GmbH und der Firma Helmut B[REDACTED] KG. Die Unterschriften für die GmbH haben der Kläger und Han[REDACTED] geleistet.

Durch Gesellschaftsbeschuß vom 26. November 1964 wurde der Kläger als Geschäftsführer der GmbH abberufen. Der Geschäftsführer Han[REDACTED] sowie der neu bestellte Geschäftsführer Sp[REDACTED] und der Kläger unterzeichneten am 27. November 1964 eine Aufstellung:

"Stand des Darlehnskontos J[REDACTED] per 27. November 1964

die zum 1. Juli 1964 eine Forderung von 50.000 DM - nach Vortrag lt. Bilanz - und zum 27. November 1964 von noch 18.760,36 DM ausweist.

Am 10. Februar 1965 beschloß die Firma B[REDACTED] KG, deren Kommanditist mit einer Einlage von 50.000 DM der Beklagte war, still zu liquidieren. Über das Vermögen der GmbH wurde am 5. April 1965 das Vergleichsverfahren eröffnet. Am 9. Juli 1965 beantragte die Firma B[REDACTED] KG beim Handelsregister in D[REDACTED], ihre Liquidation einzutragen.

Am 11. August 1965 wurde über das Vermögen des Kaufmanns B[REDACTED] das Konkursverfahren eröffnet. B[REDACTED] selbst wurde unter vorläufige Vormundschaft gestellt.

Mit Urkunden-Zahlungsbefehl vom 15. Juni 1965 hat der Kläger die Firma Helmut B[REDACTED] KG, den Kaufmann B[REDACTED] und den Beklagten als Gesamtschuldner auf Zahlung von 15.543,50 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen. Der Beklagte hat Widerspruch erhoben. Gegenüber B[REDACTED] ist der Zahlungsbefehl vor der Konkurseröffnung für vollstreckbar erklärt worden, die Einspruchsfrist ist - ebenfalls vor der Konkurseröffnung - ungenutzt abgelaufen. Der Firma Helmut B[REDACTED] KG

ist der Zahlungsbefehl nicht zugestellt worden.

Im Vergleichsverfahren der GmbH wurde die Darlehensforderung mit 31.087 DM anerkannt; der Kläger erhielt 12.434,80 DM. Im Konkursverfahren Brauns forderte der Kläger aus dem Gesichtspunkt der selbstschuldnerischen Bürgschaft 18.652,20 DM zuzüglich Zinsen und Kosten. Die angemeldete Gesamtforderung von 19.759,32 DM erkannte der Konkursverwalter an.

Der Kläger hat vorgetragen: Der Beklagte habe seine Einlage als Kommanditist der Firma Helmut B. KG in Höhe der Klagesumme nicht eingezahlt. Er hafte mithin unmittelbar für die von der Firma B. in dem Verträge vom 1. Juli 1964 übernommene Bürgschaftsschuld. Die Darlehensforderung sei wirksam entstanden und nicht nachträglich wieder erloschen.

Der Kläger fordert als Teilbetrag seiner Forderung 15.543,50 DM und hat, im Urkundenprozeß klagend, beantragt, den Beklagten zur Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat u.a. erwidert:

Der Klaganspruch sei nicht begründet, weil der Kläger den Darlehensvertrag vom 1. Juli 1964

im eigenen Namen und als Geschäftsführer der GmbH abgeschlossen habe. Der Vertrag verstoße gegen die Vorschrift des § 181 BGB und sei nichtig, damit sei auch die von der Firma Helmut B. KG eingegangene Bürgschaftsverpflichtung unwirksam.

Das Landgericht hat durch Urkunden-Vorbehaltsurteil der Klage stattgegeben. Der Beklagte hat Berufung eingelegt. Der Kläger hat im Berufungsverfahren vom Urkundenprozeß Abstand genommen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Rechtlich geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß der Beklagte nur dann gemäß § 171 Abs. 1 HGB als Kommanditist der Helmut B. KG in Höhe der nicht erbrachten Einlage haftet, wenn die Hauptforderung, für die die KG die Bürgschaft übernommen hat, zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bestanden hat und außerdem die Bürgschaftsübernahme selbst wirksam zustande gekommen ist. Das Berufungsgericht führt aus, sowohl zur Zeit der angeblichen Darlehensgewährung im Oktober 1963 wie auch bei Abschluß des Darlehensvertrags vom 1. Juli 1964 sei der Kläger Geschäftsführer

der GmbH gewesen. Er habe in dieser Vertretereigenschaft (§ 35 Abs.1 GmbHGes) nicht mit sich im eigenen Namen Rechtsgeschäfte vornehmen können, die nicht ausschließlich in der Erfüllung von Verbindlichkeiten bestanden hätten, es sei denn, daß ihm ein anderes gestattet gewesen sei (§ 181 BGB). Sowohl die erstmals für Oktober 1963 erwähnte Gewährung eines Darlehens von 70.000 DM wie der Abschluß des Darlehensvertrages vom 1. Juli 1964 stellten Rechtsgeschäfte dar, die nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestanden hätten. Mit diesem Vertrag hätten die Vertragsparteien ganz ausdrücklich ein neues Darlehensrechtsverhältnis schaffen wollen. Eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB hätte zwar nicht durch Änderung der Satzung herbeigeführt, wohl aber von den Gesellschaftern gemäß §§ 47 - 49 GmbHGes beschlossen werden müssen, was formlos geschehen könne. Es könne unterstellt werden, daß durch die Gesellschafterbeschlüsse vom 20. Oktober 1963 dem Kläger eine auf die Gewährung des Darlehens von 70.000 DM und die damit zusammenhängenden Geschäfte beschränkte Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens erteilt worden sei. Das gelte jedoch nicht für den Vertrag vom 1. Juli 1964. Der Anstellungsvertrag vom 14. Januar 1964 zwischen dem Kläger und der GmbH habe nicht nur die Befreiung vom Verbote des § 181 BGB nicht erwähnt, sondern die Befugnisse des Klägers als Geschäftsführer in einer ganzen Reihe von Geschäften eingeengt und von der Einwilligung der Gesellschafterversammlung abhängig gemacht. Nach diesem Vertrage habe der Kläger von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht mehr befreit sein sollen. Er habe daher als gesetzlicher Vertreter der GmbH mit sich selbst im

eigenen Namen den Darlehensvertrag vom 1. Juli 1964 nicht wirksam abschließen können. Eine - rechtlich an sich mögliche - nachträgliche Genehmigung hätte vorausgesetzt, daß die späterhin durch ihre Geschäftsführer Han[REDACTED] und Sp[REDACTED] vertretene GmbH sich der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages vom 1..Juli 1964 bewußt gewesen sei oder zumindest mit einer solchen Möglichkeit gerechnet hätte. Hierfür habe der Kläger nichts vorgebracht. Die Unwirksamkeit des Vertrages vom 1. Juli 1964 umfasse zugleich die Unwirksamkeit der Bürgschaft in ihrer Abhängigkeit von der Hauptverbindlichkeit. Dies könne der Beklagte dem Kläger entgegenhalten. Aus §§ 161 Abs.2, 129 Abs.1 HGB ergebe sich nichts anderes. Der Kläger habe gegen die Helmut B[REDACTED] KG keinen Titel wegen der Klageforderung erwirkt, so daß auch die KG noch den Einwand des unzulässigen Insichgeschäfts erheben könne.

II.

Für die revisionsrechtliche Prüfung ist - mangels entsprechender eindeutiger Feststellungen im Berufungsurteil - im Wege der Unterstellung davon auszugehen, daß der Kläger der GmbH aufgrund der Vereinbarungen vom 20. Oktober 1963 rechtswirksam ein Darlehen gewährt hat, auf das am 1. Juli 1964 noch 50.000 DM geschuldet waren. Am Bestande dieser durch die Hingabe der Darlehensvaluta begründeten Forderung hat der Vertrag vom 1. Juli 1964 nichts geändert; er hat lediglich die Darlehensbedingungen neu gestaltet, aber nicht anstelle der alten eine

neue Forderung begründet. Es war also eine Forderung vorhanden, die durch Bürgschaft gesichert werden konnte.

2. Darin, daß der Kläger den Vertrag sowohl für seine Person wie auch als Geschäftsführer für die GmbH unterzeichnet hat, liegt ein Selbstkontrahieren im Sinne des § 181 BGB. Indessen ist der Vertrag deshalb nicht unwirksam.

Die Wirksamkeit folgt zwar nicht schon daraus, daß die Bürgschaftserklärung in dem Vertrage nicht von der GmbH abgegeben und daher von dem Verbote des Selbstkontrahierens nicht unmittelbar betroffen worden ist. Denn dieses Verbot war für die Bürgschaftsverpflichtung deshalb von Bedeutung, weil die Verpflichtung, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, in engem Zusammenhange mit den übrigen Vertragsbestimmungen stand und daher nicht angenommen werden kann, daß sie nach dem Willen der Beteiligten auch dann gültig sein sollte, wenn die übrigen Bestimmungen wegen des Verbotes des Selbstkontrahierens ungültig waren.

Entgegen der Ansicht der Revision handelte es sich bei dem Vertrag auch nicht um ein Rechtsgeschäft, das ausschließlich in der Erfüllung von Verbindlichkeiten bestand. Sinn des Vertrages war es, die Darlehensforderung, die der Kläger zur Erlangung flüssiger Mittel hatte abtreten wollen, im Interesse der GmbH grundsätzlich unkündbar zu stellen; dafür wurde dem Kläger ein monatlicher Tilgungsbetrag und eine

bestimmte Verzinsung zugesagt und die Bürgschaft gestellt (vgl. Schreiben des Klägers vom 12. Juni 1964). Es handelte sich damit in erster Linie um die Begründung künftiger Verpflichtungen.

3. Ein zur Ungültigkeit des Vertrags führender Verstoß gegen § 181 BGB liegt jedoch deshalb nicht vor, weil dem Kläger das Selbstkontrahieren gestattet war. Das folgt aus dem unstreitigen Sachverhalt. Zur Zeit des Vertragsabschlusses am 1. Juli 1964 waren der Kläger und B. die einzigen Gesellschafter der GmbH; der Kläger und Han. waren gesamtberechtigte Geschäftsführer. Die Vertragsbedingungen waren unter den Gesellschaftern - B. und dem Kläger - ausgehandelt. Auch B. hat den Vertrag - für die Helmut B. KG - unterschrieben. Dem Kläger war zwar, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht eine allgemeine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens erteilt. Es hat auch nicht eine Gesellschafterversammlung stattgefunden, in der die Befreiung des Klägers vom Verbot des Selbstkontrahierens beschlossen wurde. Das war indessen nicht erforderlich. Die Gestattung im Sinne des § 181 BGB kann durch schlüssige Handlung erteilt werden (Hachenburg GmbHGes. 6. Aufl. § 36 Anm. 13; Baumbach-Hueck GmbHGes 13. Aufl. § 35 Anm. 2 B - der im Gegensatz zu Hachenburg auch stillschweigende Gestattung genügen läßt).

Zwar kommt es für die Anwendung des § 181 BGB nach verbreiteter Ansicht auf die Art der Vornahme des Rechtsgeschäfts und nicht auf die Interessenlage an, so daß das Verbot des § 181 BGB der Gültigkeit eines

Rechtsgeschäfts auch dann entgegensteht, wenn keine Interessenskollision vorliegt. Indessen ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Gestattung erteilt ist, auch auf das wirtschaftliche Funktionieren abzustellen (BGHZ 52, 316 = LM § 181 BGB Nr. 13 mit Anm. Fleck). Für die Willensbildung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung verzichten Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend auf die Einhaltung von Förmlichkeiten, wenn diese der Umstände wegen keinen vernünftigen Sinn haben. So bedarf es in der Einmann-Gesellschaft zur Fassung eines Gesellschafterbeschlusses nicht der Einberufung einer Gesellschafterversammlung (BGHZ 12, 337, 339; Baumbach-Hueck aaO § 46 Anm.1 C). Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat zwar früher (BGHZ 33, 189, 191) an die Befreiung vom Verbote des Selbstkontrahierens für die Einmann-Gesellschaft besonders strenge Anforderungen gestellt, um Mißbrauchsmöglichkeiten auszuschalten. Er ist inzwischen von dieser Rechtsprechung, deren Gründe für die aus mehreren bestehende Gesellschaft ohnedies nicht zutrafen, in dem zur Aufnahme in die Sammlung bestimmten Urteil vom 19. April 1971 - II ZR 98/68 - abgewichen. Er hat eine ausschließlich formale Anwendung des § 181 BGB für nicht angängig erklärt und wendet deshalb die Bestimmung auf Rechtsgeschäfte des geschäftsführenden Alleingesellschafters einer GmbH mit sich selbst nicht mehr an. Ebenso können die mehreren Gesellschafter einer GmbH, von denen einer Geschäftsführer ist, diesem die Vornahme von Insichgeschäften gestatten. Das ist auch formlos möglich. Es ist z.B. nicht erforderlich, wäre vielmehr sinnlos, dann, wenn

die beiden einzigen Gesellschafter als Geschäftsführer eine Bilanz unterschrieben haben, nochmals eine Genehmigung der Gesellschafter besonders auszusprechen, oder bei der Bestellung eines Prokuristen durch beide Gesellschafter einen Gesellschafterbeschuß zu fordern (Hachenburg aaO § 46 Anm. 1; vgl. auch BGHZ 49, 117, 120). Ebenso wenig wäre es sinnvoll, im vorliegenden Falle, in dem die beiden Gesellschafter die Vertragsbedingungen ausgehandelt hatten und den Vertrag unterschrieben haben, für eine Befreiung des Klägers vom Gebot des Selbstkontrahierens noch einen förmlichen Gesellschafterbeschuß zu fordern. Vielmehr muß eine Gestattung genügen, die auch ohne solchen Beschuß durch schlüssige Handlung erteilt wird. In der Mitwirkung des zweiten Gesellschafters B. am Vertragsabschluß liegt eine derartige Handlung. Das kann auch das Revisionsgericht aufgrund des unstreitigen Sachverhalts aussprechen; es handelt sich nicht um eine tatsächliche Feststellung, sondern um eine rechtliche Wertung. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts ist daher der Vertrag vom 1. Juli 1964 wirksam zustande gekommen.

Mit der gegebenen und auch mit anderer Begründung kann das Berufungsurteil demnach nicht gehalten werden. Andererseits ist es dem Revisionsgericht nicht möglich, der Klage stattzugeben, da

das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, keine abschließenden Feststellungen über den Bestand sowie über die Höhe der Forderung und zu den sonstigen Einwendungen des Beklagten getroffen hat. Das Berufungsurteil muß daher - ohne daß auf die weiteren Revisionsrügen einzugehen wäre - aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Gähtgens

Keßler

Dr. Krohn