

11

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG § 11 Abs. 2; BGB § 164

Die Haftung des Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG geht nicht weiter, als die Haftung der GmbH ginge, wenn sie bei Vertragsabschluß bereits eingetragen wäre. Deshalb haftet der gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer einer werdenden GmbH nicht für das Handeln eines gemeinsamen Bevollmächtigten, wenn dessen Vollmacht wegen Geschäftsunfähigkeit des anderen Gesamtvertreters nichtig ist.

BGH, Urt. v. 9. Februar 1970 - II ZR 137/69 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 137/69

URTEIL

Verkündet am

9. Februar 1970

Heil,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Verlagskaufmanns Heinz S [REDACTED], S [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter:

Beklagten und Revisions-
klägers,

Rechtsanwalt Freiherr von
[REDACTED] -

gegen

Viktor B [REDACTED], L [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte:

Kläger und Revisions-
beklagten,

Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

11

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 1970
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Kuhn und
der Bundesrichter Dr. Schulze, Fleck, Stimpel und
Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird
das Urteil des 2. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Stuttgart vom
15. November 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte und Marianne R. [REDACTED] gründeten am
17. November 1966 die N. [REDACTED]-Wohnbau-Gesellschaft mbH
(die später in N. [REDACTED]-GmbH umbenannt wurde) und bestell-
ten sich zu gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern.
In dieser Eigenschaft erteilten sie am 11. Januar 1967,
noch vor der Eintragung der GmbH, Gerhard F. [REDACTED] in
notarieller Urkunde Vollmacht zur Vertretung der Ge-
sellschaft insbesondere in Grundstücksangelegenheiten.
Förster sollte auch berechtigt sein, die Vollmachtgeber
in gleichem Umfang als Gründungsgesellschafter zu ver-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



treten. Am selben Tag schloß F. [REDACTED] "als Bevollmächtigter" des Beklagten und Marianne R. [REDACTED] "in deren Eigenschaft als Geschäftsführer der in Gründung befindlichen" GmbH einen notariellen Vertrag ab. Darin wurde eingangs unter Hinweis auf den Gesellschaftsvertrag vom 17. November 1966 und die Bestellung des Beklagten und Marianne R. [REDACTED] zu gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern festgestellt, daß die Gesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen sei, und daß der Vertrag daher "für die Gründungsgesellschaft geschlossen" werde. Dem Kläger wurde für 92.000 DM ein Miteigentumsanteil an einem von der Gründungsgesellschaft noch zu erwerbenden und mit einem Appartementhaus zu bebauenden Grundstück verkauft, der mit Sondereigentum an zwei Ein-Zimmer-Eigentumswohnungen verbunden werden sollte. Unter VI 15 des Vertrags heißt es weiter:

"Den Beteiligten ist bekannt, daß aus diesem Vertrag bis zur erfolgten Gründung der Firma N. [REDACTED]-Wohnbau-Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Sitz in S. [REDACTED] allein die beiden Geschäftsführer, Herr Heinz S. [REDACTED] (Beklagter) und Fräulein Marianne R. [REDACTED], verpflichtet werden.

Die Vollzugsbevollmächtigten nach Ziff. 8 erhalten den Auftrag, nach erfolgter Gründung alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die dazu erforderlich sind, die Firma N. [REDACTED]-Wohnbau-Gesellschaft mit beschränkter Haftung in S. [REDACTED] aus diesem Vertrag zu verpflichten."

Ebenfalls am 11. Januar 1967 zahlte der Kläger zu Händen von Marianne R. [REDACTED] 38.000 DM auf den Kaufpreis an.

Nachdem die GmbH am 2. März 1967 in das Handelsregister eingetragen worden war, forderte der Kläger sie wiederholt auf, die Voraussetzungen für eine dingliche Sicherung seines Kapitals zu schaffen. Da diese Anforderungen vergeblich blieben und bekannt wurde, daß F. verhaftet worden war, trat der Kläger vom Vertrag zurück. Am 7. Dezember 1967 ging die GmbH in Konkurs.

Mit der Klage nimmt der Kläger den Beklagten als Gesamtschuldner neben Marianne R. und der GmbH auf Rückzahlung der 38.000 DM in Anspruch.

Der Beklagte hat eingewandt, er habe die an F. erteilte Vollmacht ausdrücklich dahin beschränkt, daß F. ihn persönlich nur bis zur Eintragung der GmbH in das Handelsregister verpflichten dürfe. Diese Einschränkung sei auch Bestandteil des Vertrages mit dem Kläger geworden. Überdies sei Marianne R. am 11. Januar 1967 infolge einer Geistesstörung geschäftsunfähig gewesen.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, die der Kläger zurückzuweisen bittet, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Aus den Erklärungen zu VI 15 des Vertrages vom 11. Januar 1967 entnimmt das Berufungsgericht rechtlich fehlerfrei, der Vertrag sei nicht nur, wie in der Vorbemerkung unter I 1 festgelegt, für die Gründer-Gesellschaft, sondern auch namens der künftigen GmbH abge-

geschlossen worden. Insoweit käme eine Haftung des Beklagten in Betracht, wenn er bei diesem Geschäft "Handelnder" im Sinne von § 11 Abs. 2 GmbHG gewesen wäre. Dies bejaht das Berufungsgericht. Hiergegen ist rechtlich nichts einzuwenden, wenn man zunächst unterstellt, daß Marianne R. bei der gemeinsamen Vollmachterteilung an F. geschäftsfähig war.

1. Wie der Senat in seinem gleichfalls zur Veröffentlichung bestimmten Urteil vom selben Tage in Sachen II ZR 182/68 näher darlegt, ist Handelnder gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG auch, wer als Geschäftsführer der gegründeten, aber noch nicht eingetragenen GmbH einen Bevollmächtigten für sich handeln läßt. Der Vertrag gibt daher insoweit, als er unter VI 15 die beiden Geschäftsführer als die vorläufig allein Verpflichteten bezeichnet, nur die ohnehin bestehende Rechtslage wieder.

2. Eine Haftung des Beklagten aus § 11 Abs. 2 GmbHG in Verbindung mit der genannten Vertragsbestimmung entfiele, wenn die GmbH mit oder nach ihrer Entstehung durch Eintragung in das Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) anstelle der bisher Haftenden als alleinige Schuldnerin in die Verpflichtungen aus dem Vertrag eingetreten wäre. Hieran fehlt es, weil die eingetragene GmbH nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Verpflichtungen aus dem Vertrag nicht wirksam übernommen hat.

Ohne eine solche rechtsgeschäftliche Übernahmeerklärung konnte die GmbH entgegen den Ausführungen der Revision nicht zur Vertragsschuldnerin werden. Es handelt sich hier um Geschäfte, die weder in die Satzung

aufgenommen noch zur Entstehung der GmbH als Rechtsperson notwendig, ja nicht einmal wirtschaftlich (wie etwa zur Erhaltung eines eingebrachten Handelsgeschäfts) unaufschiebbar geboten waren. Wollte man die GmbH mit ihrer Eintragung ohne weiteres in solche Geschäfte eintreten lassen, so widerspräche das dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, das Gründungskapital von einer Vorwegbelastung mit Verbindlichkeiten, die nicht aus der Satzung ersichtlich sind, tunlichst freizuhalten (vgl. BGHZ 17, 385, 391; Schilling in Hachenburg, GmbHG 6. Aufl. § 11 Anm. 4, 6; Kuhn, WM 1956, Sonderbeil. 5 S. 4 ff; a.M. Scholz, GmbHG 5. Aufl. § 11 Anm. 9). So geht auch § 41 Abs. 2 AktG bei im wesentlichen gleicher Rechtslage davon aus, daß die Gesellschaft nicht ohne weiteres in die vor Eintragung in ihrem Namen abgeschlossenen Geschäfte eintritt.

3. Die Haftung des Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG kann durch Vereinbarung mit dem Gläubiger beschränkt sein. Eine solche Vereinbarung unterstellt das Berufungsgericht zugunsten des Beklagten. Es geht von dessen Darstellung aus, F. habe weisungsgemäß mit dem Kläger vereinbart, daß die persönliche Haftung der beiden Geschäftsführer "mit der Eintragung der GmbH" habe fortfallen sollen, und legt diese Abrede bei der Auslegung des notariellen Vertrags zu VI 15 Satz 1 zugrunde. Jedoch faßt es die daraus hergeleitete Haftungsbeschränkung nicht wörtlich, sondern nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte so auf, daß in Wirklichkeit gemeint gewesen sei, die Haftung der Geschäftsführer erst mit dem Eintritt der GmbH in die Pflichten aus dem Vertrag erlöschen zu lassen.

Diese Auslegung entspricht entgegen der Ansicht der Revision den rechtlichen Gegebenheiten, der Interessenlage und der wirtschaftlichen Vernunft. Wäre die persönliche Haftung der Geschäftsführer mit der Entstehung der GmbH von selbst entfallen, so hätte der Kläger seine Schuldner verloren, ohne zugleich einen neuen zu gewinnen. Daß die Vertragschließenden dies gewollt hätten, brauchte das Berufungsgericht nicht anzunehmen (vgl. Kuhn aaO S. 14/15). Denn eine solche Regelung wäre so ungewöhnlich, daß sie auf eine für den Kläger eindeutige Weise hätte vereinbart werden müssen. Ob F. von den beiden Gründer-Gesellschaftern tatsächlich angewiesen worden war, sie in jedem Fall, also ohne Rücksicht auf einen Vertrags Eintritt der GmbH, nur bis zu deren Eintragung in das Handelsregister haften zu lassen, ist gleichgültig, weil eine solche Einschränkung aus der Vollmachtsurkunde nicht hervorgeht (§§ 171, 172 BGB).

II. Das Berufungsgericht meint, auch wenn Marianne R. sowohl bei Abschluß des Gesellschaftsvertrags als auch bei Erteilung der Vollmacht an F. geschäftsunfähig gewesen wäre, würde der Beklagte nach § 11 Abs. 2 GmbHG haften. In diesem Fall wären zwar beide Rechtsgeschäfte nach § 105 BGB nichtig. § 11 Abs. 2 GmbHG setze aber keinen gültigen Gesellschaftsvertrag voraus. Auch berühre die Nichtigkeit der Vollmachterklärung Marianne R. nicht die Wirksamkeit der in derselben Urkunde enthaltenen Erklärung des Beklagten. Obwohl Gesamtvertretung vorliege, handle es sich um zwei selbständige, voneinander unabhängige Geschäfte, die nur aus Zweckmäßigkeitsgründen in einer Urkunde

zusammengefaßt seien. Selbst wenn man aber in den beiden Vollmachterklärungen ein einheitliches Geschäft sehen wolle, sei nach dem mutmaßlichen Willen der Parteien anzunehmen, daß die eine Erklärung auch ohne die andere abgegeben worden wäre. Da infolgedessen die vom Beklagten erteilte Vollmacht für sich allein wirksam gewesen sei, habe der Beklagte durch F. als seinen Unterbevollmächtigten im Sinne des § 11 Abs. 2 GmbHG für die Gesellschaft gehandelt.

Diese Ausführungen sind rechtlich unhaltbar.

1. Die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG ist keine bloße Veranlassungshaftung, sondern eine Haftung aus rechtsgeschäftlichem Handeln (Schilling aaO § 11 Anm. 13; Scholz aaO § 11 Anm. 5; Kuhn aaO S. 12/13 m.w.N.). Ihr Grund liegt darin, daß die GmbH, in deren Namen gehandelt wird, vor ihrer Eintragung noch nicht besteht und deshalb nicht sogleich verpflichtet werden kann. Deshalb wird dem Geschäftspartner, der sich mit der werdenden GmbH einläßt, in der Person des Handelnden ein Schuldner gegeben. Auf diese Weise soll der Gläubiger zwar nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden als er stünde, wäre die GmbH bei Vertragsabschluß bereits eingetragen gewesen und darum unmittelbar und allein verpflichtet worden. Die Haftung des Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG geht daher grundsätzlich nicht weiter als die Haftung einer schon bestehenden GmbH ginge (Schilling aaO § 11 Anm. 9, 13).

2. Eine bereits eingetragene GmbH hätte für die vertraglichen Erklärungen F. nicht zu haften brauchen, wenn die von Marianne R. als Gesamtvertreterin ab-

gegebene Vollmachterklärung nach § 105 BGB nichtig wäre.

Gesamtvertreter können nur gemeinsam für den Vertretenen handeln. Deshalb ist das Rechtsgeschäft nichtig, wenn die Erklärung auch nur eines Gesamtvertreters nichtig ist (BGB-RGRK 11. Aufl. Anm. 9 vor § 164 u. § 166 Anm. 30). § 139 BGB ist in einem solchen Fall unanwendbar (RGZ 145, 155, 160). Denn diese Vorschrift setzt ein Rechtsgeschäft voraus, das dergestalt zerlegbar ist, daß mindestens der von dem Nichtigkeitsgrund nicht betroffene Teil selbständig für sich bestehen kann (BGB-RGRK § 139 Anm. 5). Die Vertretungsmacht eines Gesamtvertreters kann aber niemals für sich allein bestehen, sondern ist ihrer Rechtsnatur nach stets an die Mitwirkung des anderen Gesamtvertreters gebunden.

Deshalb hätte die GmbH, wäre sie bei Vertragsabschluß schon als Rechtsperson vorhanden gewesen, gegen eine Inanspruchnahme aus dem Vertrag einwenden können, die Bevollmächtigung F██████s sei wegen Geschäftsunfähigkeit Marianne R██████s nichtig und folglich sei der durch ihn abgeschlossene Vertrag unwirksam (§ 177 BGB). Denn anders als im Fall des übereinstimmenden Handelns zweier alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter (vgl. RGZ 145, 155, 160), kann ein Gesamtvertreter ohne Mitwirkung des anderen auch dann nicht rechtsverbindlich handeln, wenn dies seinem Willen entspräche, weil die Erweiterung seiner Vertretungsmacht nicht seiner alleinigen Verfügung unterliegt. Das übersieht das Berufungsgericht, wenn es auf den "mutmaßlichen Willen der Parteien" abstellt. Auf den Parteiwillen kann es nur ankommen, wo beide Parteien wirksam vertreten sind.

Einer GmbH, die sich auf die Geschäftsunfähigkeit Marianne R. s beriefe, könnte auch nicht der Gesichtspunkt des Rechtsscheins entgegengehalten werden, selbst wenn Marianne R. am 11. Januar 1967 bereits als gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführerin im Handelsregister eingetragen gewesen wäre. Denn das Handelsregister bezeugt zwar die Bestellung, aber nicht die Geschäftsfähigkeit eines Vertretungsorgans. Ebenso, wie selbst bei ausdrücklicher Bevollmächtigung gemäß §§ 171, 172 BGB der Vollmachtgeber nicht für die Geschäftsfähigkeit des Bevollmächtigten einzustehen braucht (RG HRR 1936, 183; Recht 1918, 2843), bindet auch die nach § 105 BGB nichtige Erklärung eines Geschäftsführers die Gesellschaft in keinem Fall (RGZ 145, 155, 159/160; RG HRR 1938, 1346). Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen durch den Geschäftsführer selbst abgeschlossenen Vertrag oder, wie hier, um die Bevollmächtigung eines Dritten handelt. Denn auch für die Vollmachterteilung gilt § 105 BGB.

3. Hätte somit eine bereits eingetragene GmbH durch F. nicht verpflichtet werden können, so wäre es ungerechtfertigt, den Beklagten persönlich gleichwohl haften zu lassen. Freilich ist die Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG kein Ausfluß einer Vertretungsmacht und deshalb von ihr unabhängig (BGH LM GmbHG § 11 Nr. 10 zu IV; Fischer, ebenda, Anm. zu § 11 Nr. 5). Hier geht es indessen darum, ob der Beklagte einen Dritten zum Handeln namens der GmbH wirksam (unter-)bevollmächtigt hat und sich daher dessen Geschäftsabschlüsse wie ein selbst Handelnder zurechnen lassen muß. Das ist zu verneinen, weil der Beklagte die Bevollmächtigung F. s mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß er in seiner Eigenschaft als gesamt-

vertretungsberechtigter Geschäftsführer der GmbH handle, an eine gleichlautende Erklärung der Mitgeschäftsführerin gebunden hat und diese Erklärung nicht rechtsgültig zustande gekommen ist. Insoweit kommen auch im Rahmen des § 11 Abs. 2 GmbHG die allgemeinen Vorschriften zum Zuge, die eine Haftung für rechtsgeschäftliche Erklärungen eines anderen von dessen Vertretungsmacht abhängig machen.

III. Das Urteil läßt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt halten, daß der Vertrag vom 11. Januar 1967 zugleich für die Gründer-Gesellschaft (Vorgesellschaft) abgeschlossen worden ist.

1. War Marianne R. [REDACTED] geschäftsfähig, so kommt es auf diesen Gesichtspunkt nicht an, weil dann der Beklagte ohnehin nach § 11 Abs. 2 GmbHG persönlich haftet.

2. War dagegen die von Marianne R. [REDACTED] abgegebene Vollmachterklärung nach § 105 BGB nichtig, so läßt sich eine vertragliche Haftung des Beklagten auch nicht aus seiner Eigenschaft als Gründer-Gesellschafter herleiten. Ob einer solchen Haftung schon die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags entgegenstünde (vgl. RGZ 145, 155, 158), kann auf sich beruhen. Jedenfalls könnte sich der Beklagte hier wiederum darauf berufen, daß er auch im Namen der Gründervereinigung erklärtermaßen nicht als Einzelvertreter, sondern als Gesamtvertreter gemeinsam mit Marianne R. [REDACTED] die Vollmacht an F. [REDACTED] erteilt hat und diese Erklärung wegen Geschäftsunfähigkeit Marianne R. [REDACTED]s nicht wirksam geworden sei.

IV. Eine Haftung des Beklagten aus § 179 Abs. 2 BGB scheidet entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schon deswegen aus, weil nicht der Beklagte, sondern F[REDACTED] als (Unter-)Vertreter sowohl für die werdende GmbH als auch für die Gründervereinigung den Vertrag abgeschlossen hat, ohne selbst Vertretungsmacht zu haben.

Hiergegen läßt sich nicht die Erwägung des Berufungsgerichts anführen, ein Unterbevollmächtigter wolle vernünftigerweise nicht das ungewöhnlich große Risiko auf sich nehmen, nach § 179 Abs. 2 BGB allein haften zu müssen, wenn die Vollmachterklärung nur eines Gesamtvertreters fehlerhaft ist. Diese Erwägung richtet sich letztlich gegen das Gesetz selbst, das dem Bevollmächtigten die Gefahr aufbürdet, daß die Vollmacht aus einem zunächst weder erkannten noch erkennbaren Grund, wozu auch die Geschäftsunfähigkeit eines Vollmachtgebers zu rechnen ist, nichtig ist. Daß mit dieser Regelung Härten verbunden sein können, rechtfertigt es nicht, die Vollmachterklärung, die der Beklagte nach dem eindeutigen Inhalt der Vollmachturkunde nur als Gesamtvertreter gemeinsam mit Marianne R[REDACTED] abgeben wollte und abgegeben hat, in eine für sich persönlich und allein erteilte Vollmacht umzudeuten.

V. Ein sonstiger Rechtsgrund für eine Haftung des Beklagten aus dem Vertrag vom 11. Januar 1967 ist nicht ersichtlich. Die Entscheidung hängt daher von der Frage ab, ob Marianne R[REDACTED] am 11. Januar 1967 geschäfts-

fähig war. Da hierzu nichts festgestellt ist, muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Senatspräsident Dr. Kuhn
ist erkrankt und deshalb
verhindert zu unterschrei-
ben

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Schulze

Stempel

Kellermann