

1

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GmbHG § 11

Wegen Handelns für eine noch nicht eingetragene GmbH kann auch haften, wer im Vorgründungsstadium für die künftige GmbH aufgetreten, aber weder deren Gesellschafter noch deren Geschäftsführer geworden ist.

BGH, Urt. v. 8. Oktober 1979 - II ZR 165/77 - OLG Frankfurt a.M.
LG Wiesbaden

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 165/77

URTEIL

Verkündet am

8. Oktober 1979

Kaufmann

Justizobersekretärin

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der S [REDACTED] P [REDACTED] und B [REDACTED]gesellschaft mbH & Co. KG,
vertreten durch ihre alleinige persönlich haftende Gesell-
schafterin, die S [REDACTED] P [REDACTED] und B [REDACTED]gesellschaft mbH,
diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Harald P [REDACTED]
und Hans-Dieter W [REDACTED], sämtlich A [REDACTED], D [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die K [REDACTED] AG & Co. KG, A [REDACTED]-L [REDACTED]-Straße [REDACTED],
W [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer
Ewald M [REDACTED] und Ernst W [REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1979
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes
Stempel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann
und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Frankfurt am Main vom 29. April 1977
aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadens-
ersatz wegen Nichterfüllung eines schriftlichen "Vor-
vertrages" vom 7. März 1973, aufgrund dessen sie Leistun-
gen zur Durchführung zweier Bauprojekte erbracht hat,
für die sie nach dem Vertrag unter bestimmten Voraus-
setzungen entschädigt werden sollte. Der Vertrag ist
"für M- S-Gesellschaft mbH i. Gr. i.A."
mit dem Firmenstempel der Beklagten, einer AG & Co. KG,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

und den Unterschriften der Herren M[REDACTED] und F[REDACTED] gezeichnet, von denen der erste nach dem Vortrag der Klägerin Mehrheitsaktionär und Vorstandsmitglied der Komplementär-Aktiengesellschaft ist. Die M[REDACTED]-S[REDACTED]-Gesellschaft mbH (im folgenden: "M[REDACTED] GmbH") war, wie die Klägerin wußte, damals noch nicht gegründet. Der notarielle Gesellschaftsvertrag wurde am 19. März 1973 zwischen M[REDACTED] als Mehrheitsgesellschafter, F[REDACTED] und zwei weiteren Gründern abgeschlossen; zu den ersten Geschäftsführern wurden F[REDACTED] und ein Nichtgesellschafter bestellt. Die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erfolgte im April oder Mai 1973.

Das Bauvorhaben scheiterte. Die Verhandlungen der Parteien über eine Verteilung der bereits entstandenen Planungskosten, in die zeitweise auch die M[REDACTED] GmbH einbezogen wurde, blieben erfolglos. Die M[REDACTED] GmbH wurde aufgelöst und liquidiert.

Die Klägerin hat ihre zu einem Teilbetrag erhobene Schadensersatzforderung gegen die Beklagte in erster Linie auf § 11 Abs. 2 GmbHG gestützt. Sie hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 100.000 DM mit Zinsen zu zahlen sowie sie von dem Anspruch eines Architekten auf Befreiung von einem behördlichen Gebührenanspruch in Höhe von 76.584,25 DM freizustellen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Die Klage ist darauf gestützt, die Beklagte habe den "Vorvertrag" vom 7. März 1973 im Namen der damals noch nicht gegründeten und eingetragenen M[REDACTED] GmbH abgeschlossen und diese habe nach dem Vertrag unter den tatsächlich eingetretenen Bedingungen der Nr. 5 (Erteilung oder sichere Erwartung aller notwendigen behördlichen Genehmigungen) der Klägerin zum Aufwendungsersatz verpflichtet sein sollen. Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag aufgrund seiner - wie auszuführen sein wird - unzutreffenden Ansicht, eine Haftung der Beklagten nach § 11 Abs. 2 GmbHG entfalle schon deswegen, weil sie nicht als zukünftiges Organ der M[REDACTED] GmbH, sondern lediglich als rechtsgeschäftlich Beauftragte der (künftigen) Gründer tätig geworden sei, in tatsächlicher Hinsicht insoweit nicht geprüft, als es um die sachliche Berechtigung des Klageanspruchs einschließlich der Frage geht, ob die M[REDACTED] GmbH als Schuldnerin dieses Anspruchs gewollt war. Für die Revisionsinstanz ist daher zu unterstellen, daß die M[REDACTED] GmbH, wäre sie bei Vertragsabschluß schon gegründet und eingetragen gewesen, im Sinne des Klagevortrags haften würde. Infolgedessen hat der Senat nicht zu erörtern, wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn die Verpflichtungen aus dem Vorvertrag (allein) die geplante, aber nicht errichtete Kursanatoriums-Gesellschaft T[REDACTED] W[REDACTED] m.b.H. & Co. KG unmittelbar hätten treffen sollen.

2. Zutreffend sieht das Berufungsgericht in der Tatsache, daß bei Abschluß des "Vorvertrags" vom 7. März 1973 die M■■■■■ GmbH noch nicht gegründet war, kein Hindernis für eine Inanspruchnahme der Beklagten nach § 11 Abs. 2 GmbHG. Hierfür reicht es vielmehr aus, daß in dem maßgebenden Zeitpunkt greifbare Ansätze zu einer Gesellschaftsgründung vorhanden und die Verhandlungen hierüber soweit gediehen sind, daß feststeht, für wen der Handelnde auftreten will, wenn er namens der künftigen GmbH handelt (Urt. d. Sen. v. 15. 3. 62 - II ZR 103/61, LM GmbHG § 11 Nr. 11). Diese Voraussetzungen waren bei Abschluß des Vertrages vom 7. März 1973 unstreitig erfüllt. Damit gewinnt die besondere Funktion des § 11 Abs. 2 GmbHG entscheidende Bedeutung (a. M. Ulmer in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. § 11 Rdn. 20). Denn diese Vorschrift will für den Fall, daß die GmbH, in deren Namen gehandelt wird, nicht eingetragen wird oder nicht in das Geschäft eintritt, dem anderen Teil einen Schuldner geben (BGHZ 69, 95, 103; st. Rspr.). Dieser Zweck kommt auch und gerade dann zum Tragen, wenn ein wirksamer Gesellschaftsvertrag noch nicht abgeschlossen worden ist. Da in diesem Fall auch noch keine Vorgesellschaft besteht, scheidet eine sonst möglicherweise in Betracht zu ziehende Inanspruchnahme der Gründer als Mitglieder dieser Gesellschaft aus. Deren Haftung wegen Zugehörigkeit zu einer "Vorgründungsgesellschaft" (vgl. Ulmer aaO § 11 Rdn. 16 ff; Scholz/Winter, GmbHG 6. Aufl. § 2 Anm. 65 ff) setzt voraus, daß die Gründer sich schon vor Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrags irgendwie gesellschaftsvertraglich

gebunden haben. Besteht eine solche Bindung - wovon keineswegs für den Regelfall auszugehen ist (Urt. d. Sen. v. 23. 11. 72 - II ZR 126/70, WM 1973, 67) -, so mag bei entsprechender Fallgestaltung auch an eine Haftung der Beteiligten zu denken sein. Darin liegt aber hinsichtlich der inneren Berechtigung, den für die künftige GmbH Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG zusätzlich haften zu lassen, kein wesentlicher Unterschied zu dem Fall des Handelns nach Vertragsabschluß, aber vor Eintragung, bei dem ebenfalls neben der Verpflichtung aus § 11 Abs. 2 GmbHG eine solche der Vorgesellschaft infrage kommen kann (BGHZ 72, 45; vgl. Ulmer aaO § 11 Rdn. 69).

3. Ebenfalls zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG an ein Handeln namens der künftigen, mangels Eintragung noch nicht entstandenen juristischen Person anknüpft (BGHZ 72, 45, 47; st. Rspr.). Unbegründet sind aber seine Zweifel, ob ein solcher Tatbestand bei dem Vertrag vom 7. März 1973 gegeben ist. Die Vertreter der Beklagten haben diesen Vertrag für die "M[REDACTED]-S[REDACTED]-Gesellschaft mbH i. Gr." unterschrieben. Damit war die künftige - in Entstehung begriffene - GmbH sprachlich und rechtlich einwandfrei gekennzeichnet. Die Möglichkeit, die Worte "Gesellschaft mbH i. Gr." ausschließlich auf eine Gründergesellschaft (Vorgesellschaft) zu beziehen (vgl. BGHZ 21, 242 sowie den Tatbestand des Urteils BGHZ 53, 210), scheidet hier aus, weil der Gesellschaftsvertrag noch nicht abgeschlossen war. Der Gedanke, die Vertragsschließenden hätten allein die damals noch gar nicht entstandene Vorgesellschaft und nicht zumindest auch

die (ebenfalls erst später entstandene) GmbH verpflichten wollen, liegt zu fern, als daß er ernstlich erwogen werden könnte. Dafür, daß die Beteiligten sich schon vor der Gründung der GmbH durch einen verbindlichen Gesellschaftsvertrag zu einer "Vorgründungsgesellschaft" zusammengeschlossen hätten, bestehen keine tatsächlichen Anhaltspunkte. Zwar hat die Beklagte von einer solchen Gesellschaft gesprochen (Schriftsätze v. 23. 1. 76 S. 2 ff u. v. 18. 4. 77 S. 3 ff). Sie hat aber keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich der wesentliche Inhalt eines insoweit maßgebenden Gesellschaftsvertrags und ein entsprechender Verpflichtungswille der Beteiligten ergeben könnten (vgl. Urt. d. Sen. v. 10. 11. 75 - II ZR 94/73, WM 1976, 180; Urt. d. Sen. v. 23. 11. 72 aaO). Die bloße Verabredung, demnächst eine GmbH zu gründen, ist nicht schon selbst ein Gesellschaftsvertrag.

Auch im übrigen ist nicht ersichtlich, wer sonst durch den Vertrag vom 7. März 1973 hätte verpflichtet werden sollen. Das Berufungsurteil ist in diesem Punkt nicht widerspruchsfrei. Einmal bezieht es das rechtsgeschäftliche Handeln der Beklagten auf eine Vor- oder Gründergesellschaft als die "Vereinigung der die Gründung vorbereitenden Personen" (S. 16, 21) - die, wie erwähnt, damals noch nicht existierte -, an anderer Stelle dagegen auf die künftigen Gründer als natürliche Personen (S. 17, 18). Die Annahme, der Vertrag habe die späteren Gründer der GmbH persönlich (vielleicht sogar unbeschränkt) verpflichten sollen, steht aber in einem offenen Widerspruch zu der Tatsache, daß die Beklagte für die M[REDACTED]-GmbH aufgetreten und hierdurch deutlich der

Wille zum Ausdruck gekommen ist, nur im Rahmen einer Gesellschaft beschränkt auf deren Vermögen einschließlich etwa noch geschuldeter Einlagen zu haften (BGHZ 72, 45, 50). Vor allem aber spricht die Tatsache, daß die von der Klägerin übernommenen fachlichen Leistungen auf einen längeren Zeitraum abgestellt waren und in dieser Zeit mit der Eintragung der Gesellschaft zu rechnen war (tatsächlich sind die Leistungen größtenteils erst nachher erbracht worden, vgl. Berufungserwiderung S. 9), gegen eine gewollte Verpflichtung (nur) der Gründer.

4. Da die Satzung der GmbH Bareinlagen vorschrieb, ist die Gesellschaft nicht kraft Gesetzes in die Verbindlichkeiten aus dem Vertrag vom 7. März 1973 eingetreten. Für eine freiwillige Verpflichtungserklärung (über deren Wirkungen im Hinblick auf § 11 Abs. 2 GmbHG vgl. die Urt. d. Sen. BGHZ 69, 95, 103 f u. 70, 132, 139 ff) ist nichts vorgetragen; die GmbH soll mit der Klägerin selbständige Vereinbarungen eingegangen sein (Schriftsätze der Beklagten vom 27. 2. 76 S. 10 u. v. 18. 4. 77 S. 8 f). Es haftet daher nach § 11 Abs. 2 GmbHG derjenige, der im Namen der bei Vertragsabschluß weder gegründeten noch eingetragenen GmbH gehandelt hat. Das Berufungsgericht meint, dies sei nicht die Beklagte gewesen, weil sie nicht als Geschäftsführerin oder wie eine solche für die künftige GmbH, sondern nur für deren Gründer tätig gewesen sei. Dem kann nicht gefolgt werden.

Zwar scheidet die Möglichkeit, daß die Beklagte bei Abschluß des Vertrages vom 7. März 1973 zur Geschäftsführerin der künftigen GmbH bestellt gewesen und in dieser Eigenschaft für die GmbH aufgetreten ist, nicht nur in Ermangelung eines damals schon vorhandenen Gesellschaftsvertrags, sondern auch deshalb aus, weil nur natürliche Personen gemäß § 6 GmbHG zu Geschäftsführern einer GmbH bestellt werden können. Nach der Rechtsprechung des Senats haftet aufgrund des § 11 Abs. 2 GmbHG aber auch, wer wie ein Geschäftsführer namens der Gesellschaft handelt, indem er deren Geschäfte nach außen hin maßgeblich wahrnimmt oder durch einen anderen wahrnehmen läßt (BGHZ 65, 378, 380 f; 66, 359, 360 f); dabei ist gerade auch an den Fall des Handelns vor Gründung der GmbH durch Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrags gedacht. Ein solches Auftreten muß sich hier die Beklagte enthalten lassen. Denn sie hat bei Abschluß des Vertrages vom 7. März 1973, wie die Vertragsurkunde eindeutig ausweist, rechtsgeschäftlich handelnd für die noch nicht gegründete und eingetragene GmbH wie ein geschäftsführendes Organ mitgewirkt. Dabei hat sie sich als Kommanditgesellschaft ihrerseits durch M[REDACTED] und F[REDACTED] vertreten lassen und nicht etwa umgekehrt zu erkennen gegeben, diese und die anderen Gründer der GmbH als Personen vertreten zu wollen. Gleichgültig ist hierbei, daß die Beklagte weder zu den Gründern der GmbH gehörte noch später zu deren Geschäftsführerin bestellt werden konnte und bestellt worden ist. Denn die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG ist nicht auf (künftige) Gesellschafter beschränkt und nach ihrem zu 2 dargelegten Sinn und Zweck auch nicht

davon abhängig, daß der wie ein Geschäftsführer Handelnde tatsächlich Geschäftsführer der künftigen GmbH wird oder überhaupt werden kann.

5. Die Beklagte wäre freilich dann nicht als Handelnde im Sinne des § 11 Abs. 2 GmbHG anzusehen, wenn sie den Vertrag lediglich in Vollmacht des oder der Geschäftsführer für die künftige GmbH gezeichnet hätte (BGHZ 66, 359). Dazu ist aber nichts vorgetragen. Die Bevollmächtigung durch eine gemäß § 6 Abs. 2 Satz 2, § 46 Nr. 5 GmbHG im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschuß zum Geschäftsführer bestellte Person entfällt schon mit Rücksicht auf den Vertragsabschluß vor Gründung der GmbH. Daß die späteren Geschäftsführer F. [REDACTED] und Dr. J. [REDACTED] - von denen der erste den Vertrag vom 7. März 1973 in Vertretung der Beklagten mit unterzeichnet hat - gerade in dieser Eigenschaft der Beklagten eine Vertragsvollmacht erteilt hätten und dies bei dem Geschäft in irgendeiner Weise zum Ausdruck gekommen sei, ist von keiner Seite behauptet. Das Berufungsgericht nimmt auch nur an, die Beklagte sei im Auftrag und in Vollmacht der künftigen Gründer M. [REDACTED], F. [REDACTED], W. [REDACTED] und v. L. [REDACTED] für die "GmbH i. Gr." aufgetreten. Das schließt aber eine Haftung der Beklagten wegen ihres Handelns im Namen der künftigen GmbH nicht aus.

Wie das Berufungsgericht einräumt, kann die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG nicht dadurch vermieden werden, daß jemand als Beauftragter auftritt, aber niemand vorhanden ist, der statt seiner wegen Handelns für die Gesellschaft in Anspruch genommen werden könnte. Gerade dieser Fall ist hier gegeben. Denn nach der Recht-

sprechung des Senats haftet ein Gründer nicht schon deshalb als Handelnder nach § 11 Abs. 2 GmbHG, weil er sich, ohne selber als oder wie ein Geschäftsführer gehandelt zu haben, mit der Entfaltung einer Geschäftstätigkeit schon vor der Eintragung der GmbH allgemein einverstanden erklärt oder diese Tätigkeit sogar veranlaßt oder gefördert hat (BGHZ 47, 25; 65, 378, 381). Damit scheidet auch die bloße Auftragserteilung zum Handeln, wie sie in der Regel mit der Billigung, Veranlassung oder Förderung einer Geschäftsaufnahme für die künftige GmbH - sei es im Zusammenhang mit der Bestellung eines Geschäftsführers, sei es ohne sie - mindestens stillschweigend verbunden sein wird, als Rechtsgrund für die Inanspruchnahme eines Gründungsgesellschafters nach § 11 Abs. 2 GmbHG aus. Als Handelnder kommt, wenn nichts weiter als ein Auftrag der Gründer zum Tätigwerden für die künftige GmbH vorliegt, grundsätzlich nur der Beauftragte infrage, hier also die Beklagte und nicht die späteren Gründer der GmbH. Auf die vom Berufungsgericht vermerkte Tatsache, daß die Beklagte im Vertrag vom 7. März 1973 mit dem Zusatz "i. A." aufgeführt ist, kommt es daher nicht an. Sie ändert nichts daran, daß die Beklagte bei Abschluß dieses Vertrags - wie übrigens auch sonst (vgl. z. B. die Notiz v. 1. 3. 73; Schreiben der Beklagten v. 9. 2. 73 mit Anlage; Schreiben v. 27. 6. 74) - "für" die künftige GmbH, also in deren Namen, gehandelt hat und ein anderer, der hierfür nach § 11 Abs. 2 GmbHG einstehen müßte, nicht vorhanden ist.

6. Nach den rechtlich einwandfreien Ausführungen des Berufungsgerichts scheitert eine Haftung der Beklagten aus § 11 Abs. 2 GmbHG schließlich nicht daran, daß diese

Haftung gegenüber solchen Personen versagt, die selber zu den Gründern der GmbH gehören oder der werdenden Gesellschaft beitreten wollen (Urt. d. Sen. v. 29. 10. 52 - II ZR 257/51, LM GmbHG § 11 Nr. 1). Denn die Klägerin war nicht als Gesellschafterin der M[REDACTED] GmbH, sondern lediglich als Mitglied einer Tochtergesellschaft, der schon erwähnten Kursanatoriums-Gesellschaft T[REDACTED] W[REDACTED]mbH & Co. KG, in Aussicht genommen. Auch hier ist in Ermangelung gegenteiliger Feststellungen von der Klagebegründung auszugehen, wonach nicht diese Gesellschaft, sondern die M[REDACTED] GmbH in erster Linie aus dem Vorvertrag haften sollte.

7. Der Erfolg der Klage hängt hiernach davon ab, ob der auf eine gewollte Verpflichtung der M[REDACTED] GmbH gestützte Vergütungsanspruch der Klägerin sachlich begründet ist. Da es hierzu tatsächlicher Feststellungen bedarf, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stempel Dr. Schulze Fleck Dr. Kellermann Dr. Skibbe