

16

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB § 181; HGB §§ 105, 109, 119; GmbHG §§ 35, 46, 48

- a) Mit der GmbH & Co. KG durch Insichgeschäft einen Vertrag abzuschließen, kann dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH nur die Kommanditgesellschaft gestatten.
- b) Als Maßnahme der Geschäftsführung und Vertretung der KG hat die Gestattung eines solchen Geschäfts das Vertretungsorgan der Komplementär-GmbH auszusprechen. Die Gesellschafter der GmbH sind hierzu grundsätzlich auch dann nicht befugt, wenn deren Vertretungsorgan rechtlich daran gehindert ist. Dagegen können die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft den Geschäftsabschluß durch einen den Gesellschaftsvertrag für diesen Einzelfall abändernden Beschluß gestatten.
- c) Die Gesellschafter einer Personalgesellschaft können eine Formvorschrift des Gesellschaftsvertrags, z. B. über das Zustandekommen von Gesellschafterbeschlüssen, wirksam in der Weise durchbrechen, daß sie mündlich oder durch schlüssiges Verhalten einstimmig für den Einzelfall eine abweichende Handhabung vereinbaren.

BGH, Urt. v. 7. Februar 1972 - II ZR 169/69 - OLG Schleswig
LG Kiel

16

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 169/69

URTEIL

Verkündet am

7. Februar 1972

W e r n e r ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Karl K [REDACTED] , Ki [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma P [REDACTED] , E [REDACTED] - und Ko [REDACTED] GmbH,
L [REDACTED] , B [REDACTED]grube [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 6. Juni 1969 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger gründete durch notariellen Vertrag vom 8. Juli 1963 mit dem Schlossermeister S[REDACTED] und den Ingenieuren F[REDACTED] und Si[REDACTED] die "N[REDACTED]-Therm Lü[REDACTED]- und A[REDACTED] GmbH" (im folgenden: GmbH) und wurde deren alleiniger Geschäftsführer. Am 24. September 1963 bestätigten die GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin und der Kläger, S[REDACTED], Früchtnicht und Si[REDACTED] als Kommanditisten in notarieller Urkunde einen mündlich schon am 21. August 1963 abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag über die Errichtung der "N[REDACTED]-Therm Lü[REDACTED]- und A[REDACTED] GmbH & Co. KG" (im folgenden: KG).

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Am 1. April 1966, nachdem Si [REDACTED] aus beiden Gesellschaften ausgeschieden war, schloß die KG mit dem Kläger einen schriftlichen "Darlehens- und Übereignungsvertrag" ab. Danach sollten verschiedene Beträge, die der Kläger der KG kurzfristig zur Verfügung gestellt hatte, in Höhe von 80.000 DM in ein Darlehen umgewandelt werden. Weiter hieß es, die KG übereigne dem Kläger als Sicherheit für dieses Darlehen bestimmte Maschinen und Fahrzeuge. Der Vertrag trägt links die Unterschrift des Klägers, rechts unter der Firma der KG ebenfalls die Unterschrift des Klägers sowie die des Gesellschafters Früchtnicht.

Die Beklagte hat wegen einer Forderung von über 17.000 DM einen Vollstreckungsbefehl gegen die KG erwirkt und daraufhin einige der in dem vorgenannten Vertrag aufgeführten Maschinen bei der KG pfänden lassen.

Hiergegen wendet sich der Kläger mit seinem auf § 771 ZPO gestützten Antrag, die Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände für unzulässig zu erklären.

Die Beklagte hat mit ihrem Antrag auf Klagabweisung geltend gemacht, der Darlehens- und Übereignungsvertrag vom 1. April 1966 sei unwirksam, weil der Kläger dabei in unzulässiger Weise als Vertreter eines Vertragspartners und zugleich im eigenen Namen mitgewirkt habe. Aus diesem und anderen Gründen habe der Kläger kein Eigentum an den gepfändeten Maschinen erworben. Ihm stehe daher auch kein die Veräußerung hinderndes Recht gemäß § 771 ZPO zu.

Der Kläger hat erwidert, er habe den Vertrag mit Zustimmung aller Gesellschafter für die KG und zugleich für sich selbst abgeschlossen. Schon in der notariellen Urkunde vom 24. September 1963 hätten ihn die Gesellschafter der GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Überdies habe nicht nur Früchtnicht, sondern auch Scheel den Vertrag ausdrücklich genehmigt.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Nach der im Ergebnis, wenn auch nicht in allen Punkten der Begründung, zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts ist der Darlehens- und Übereignungsvertrag vom 1. April 1966 nach § 181 BGB unwirksam. Denn der Kläger hat diesen Vertrag im Namen der KG, für die er als Organ der geschäftsführenden Gesellschafterin, der GmbH, deren Vertretungsbefugnis ausübte, mit sich selbst als Vertragsgegner abgeschlossen, ohne daß ihm dies allgemein oder für den Einzelfall gestattet war.

I. Eine solche Gestattung konnte nur die KG aussprechen. Die GmbH kam hierfür nicht in Betracht, da der Kläger den Darlehens- und Übereignungsvertrag im

Namen der KG als Vertragspartei abschloß, diese und nicht die GmbH daher die "Vertretene" im Sinne des § 181 BGB war und nach dem Schutzzweck der Vorschrift nur der jeweils Vertretene Befreiung erteilen kann (Sudhoff, NJW 1967, 2133, 2136/7 und Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH, 6. Aufl. S. 95; OLG Hamm NJW 1968, 2110 m. w. N.).

II. Der Gesellschaftsvertrag der KG sieht eine allgemeine Erlaubnis für das Vertretungsorgan der geschäftsführenden Gesellschafterin, namens der KG Geschäfte mit sich selbst abzuschließen, nicht vor.

III. Eine auf den Einzelfall bezogene Erlaubnis, als Vertreter der Kommanditgesellschaft und zugleich im eigenen Namen zu handeln, ist als Maßnahme der Geschäftsführung und Vertretung grundsätzlich durch den Geschäftsführer der Kommanditgesellschaft zu erteilen (vgl. BGH LM HGB § 109 Nr. 7 zu II 2 b, c). Die Kommanditisten sind hierzu von sich aus nicht im Stande, da sie keine Vertretungsmacht besitzen (§ 170 HGB). Ebenso wenig können die Kommanditisten bei dem Vertragsabschluß selbst als Vertreter der Kommanditgesellschaft mitwirken oder einen Vertrag, den der Geschäftsführer entgegen § 181 BGB ohne vorherige Erlaubnis mit sich selbst abgeschlossen hat, namens der Gesellschaft gemäß §§ 177, 184 BGB genehmigen. Das übersieht die Revision, wenn sie meint, ein Insichgeschäft des Klägers liege deshalb nicht vor, weil der Kommanditist F. [REDACTED] den Vertrag mitunterzeichnet hat.

Die GmbH war in ihrer Eigenschaft als geschäftsführende Gesellschafterin ohne Änderung ihrer eigenen Vertretungsverhältnisse tatsächlich nicht in der Lage, dem Kläger das Selbstkontrahieren namens der KG zu gestatten. Denn ein anderer Vertreter als der Kläger, der für sie und damit für die von ihr vertretene KG diese Erklärung hätte abgeben können, war nicht vorhanden. Der Kläger war aber wiederum durch § 181 BGB daran gehindert, sich den Vertragsabschluß im Namen der KG zu gestatten; denn auch die Gestattung ist ein Rechtsgeschäft im Sinne von § 181 BGB (BGHZ 33, 189, 191).

Anstelle des Klägers konnten auch nicht die Gesellschafter der GmbH als deren Organ in ihrer Gesamtheit für die KG nach außen rechtsgeschäftlich tätig werden. Denn Vertretungsorgan einer GmbH sind, auch soweit diese als geschäftsführende Gesellschafterin einer KG tätig wird, allein die Geschäftsführer (§ 35 GmbHG). Die Gesellschafterversammlung ist grundsätzlich nicht befugt, namens der GmbH mit einem Dritten in rechtsgeschäftlichen Verkehr zu treten. Zwar hat der Senat für den Fall, daß eine GmbH alleinige geschäftsführende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft ist und ein zwischen dieser und dem einzigen Geschäftsführer der GmbH bestehender Anstellungsvertrag geändert werden soll, ausnahmsweise auch die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der GmbH für befugt angesehen, bei der Vertragsänderung namens der Kommanditgesellschaft mitzuwirken, solange kein anderer diese Geschäftsführungsaufgabe der GmbH wahrnehmen kann

(BGH LM HGB § 109 Nr. 7). Diese Entscheidung betrifft aber ein Rechtsverhältnis - den Anstellungsvertrag mit dem einzigen Geschäftsführer -, dessen Ordnung in der Rechtsprechung des Senats mehr als eine innere Angelegenheit der Gesellschaft betrachtet worden ist (vgl. BGHZ 18, 205, 211). Sie läßt sich nicht auf die Vertretung der Kommanditgesellschaft bei einem gewöhnlichen Verkehrsgeschäft wie dem vorliegenden übertragen, bei dem der Geschäftsführer der GmbH der Kommanditgesellschaft wie ein fremder Darlehensgeber gegenübertritt.

IV. Der Kommanditgesellschaft steht freilich noch ein anderer Weg offen, dem geschäftsführenden Gesellschafter oder dessen Vertretungsorgan das Selbstkontrahieren für den einzelnen Fall zu gestatten: Die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft können den Gesellschaftsvertrag eigens dahin abändern oder ergänzen, daß der Geschäftsführer bei einem bestimmten Geschäft von den Schranken des § 181 BGB befreit sein soll. Eine solche Vertragsdurchbrechung für den Einzelfall kommt formlos durch übereinstimmende Willenserklärungen aller Gesellschafter zustande, soweit sich aus dem Gesellschaftsvertrag nichts anderes ergibt (Fischer in Großkomm. HGB 3. Aufl. § 105 Anm. 60; Baumbach/Duden, HGB 19. Aufl. § 105 Anm. 2 G, § 109 Anm. 2).

1. Der hier vorliegende Gesellschaftsvertrag der KG enthält in Anlehnung an die Satzung der GmbH besondere Bestimmungen über Gesellschafterbeschlüsse. Einerseits kann er schon mit einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der vorhandenen,

16

nach den Einlagen zu errechnenden Stimmen geändert werden, andererseits können Beschlüsse nur in einer - hier nicht abgehaltenen - Gesellschafterversammlung gefaßt oder, sofern es sich nicht um bestimmte, einzeln aufgeführte Angelegenheiten handelt, "auf schriftlichem oder telegrafischem Wege durch den oder die Geschäftsführer herbeigeführt werden", wobei für die Stimmabgabe eine Frist von mindestens zehn Tagen zu setzen ist (§§ 16, 17). Selbst wenn man annimmt, daß der letztgenannte Weg auch bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags offensteht, ist ein formgerechter Beschluß über die Befreiung des Klägers von den Beschränkungen des § 181 BGB insoweit nicht zustande gekommen. Denn der Kläger behauptet nicht, seine Mitgesellschafter zur Abstimmung auf diesem Wege aufgefordert oder von Scheel eine schriftliche Äußerung erhalten zu haben.

2. Freilich können die Gesellschafter einer Personalgesellschaft auch eine Formvorschrift des Gesellschaftsvertrags wirksam in der Weise durchbrechen, daß sie mündlich oder durch schlüssiges Verhalten im allseitigen Einvernehmen für den Einzelfall eine abweichende Handhabung vereinbaren (Fischer aaO § 105 Anm. 60). Für eine solche - nur einstimmig mögliche - Vertragsänderung gilt aber wieder § 181 BGB, wonach ein Vertreter nicht ohne Erlaubnis im Namen des Vertretenen mit sich einen Vertrag abschließen kann (vgl. BGH LM HGB § 138 Nr. 8). Sollte der Gesellschaftsvertrag der KG durch übereinstimmende Erklärungen aller Gesellschafter auch nur vorübergehend geändert werden, so mußte der Kläger hierbei in doppelter Eigenschaft

mitwirken, nämlich im eigenen Namen als Kommanditist und zugleich als Vertretungsorgan der GmbH als der persönlich haftenden Gesellschafterin. Dies durfte er nur mit Erlaubnis der GmbH, die er sich nicht selbst erteilen konnte und die ihm auch kein anderer wirksam erteilt hat.

a) Aus der notariellen Urkunde vom 24. September 1963 läßt sich eine solche Erlaubnis nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht herleiten. In dieser Urkunde haben die Gesellschafter der GmbH zwar eingangs erklärt: "Wir befreien den Geschäftsführer ... von den Beschränkungen des § 181 BGB und genehmigen die Willenserklärungen, die dieser zur Gründung der Kommanditgesellschaft N-THERM GmbH & Co. abgegeben hat." Das bezog sich aber nur auf Erklärungen des Klägers im Zusammenhang mit der Errichtung der KG, wie das Berufungsgericht in rechtlich fehlerfreier Auslegung dem Gesamttext der Urkunde entnommen hat.

Zu Unrecht meint die Revision, der Freistellungs-erklärung eine darüber hinausgehende, auch künftige Rechtsgeschäfte umfassende Bedeutung deshalb beimessen zu können, weil die Gesellschafter der GmbH die Gründungs-erklärungen des Klägers noch besonders genehmigt und überdies in dem anschließend beurkundeten KG-Vertrag (§ 1 letzter Abs.) die Mitwirkung der GmbH in der KG "unter Verzicht auf alle formellen Erfordernisse" ausdrücklich genehmigt haben. Diese Genehmigungserklärungen machten eine Befreiung des Klägers von § 181 BGB nicht überflüssig.

Denn das Hindernis, das diese Vorschrift für ein Auftreten des Klägers namens der GmbH und zugleich als Gesellschafter der neu gegründeten KG bedeutete, war hier in dreifacher Hinsicht zu beachten: Einmal für den in der Vergangenheit liegenden mündlichen Abschluß des KG-Vertrags, zum anderen für die in derselben Urkunde ausgesprochene Bestätigung dieses Vertrags und schließlich für zwischenzeitliches Handeln der GmbH als Gesellschafterin der KG. Die Koppelung von Genehmigungs- und Befreiungserklärungen hatte daher ihren guten Sinn.

b) Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß der Eintritt der GmbH in die KG zwangsläufig eine Ermächtigung des Klägers eingeschlossen habe, die GmbH gegenüber den anderen Gesellschaftern der KG und damit auch gegenüber sich selbst zu vertreten, weil die KG nur auf diese Weise voll handlungsfähig gewesen sei. Der Geschäftsbetrieb einer Kommanditgesellschaft hängt nicht unbedingt von vertraglichen Erklärungen der Gesellschafter untereinander ab. Erweisen sich aber bei einer GmbH & Co. solche Erklärungen einmal als notwendig, wie es vor allem bei einer beabsichtigten Vertragsänderung der Fall ist, so bedeutet es keine ungerechtfertigte Erschwernis, wenn der Geschäftsführer der GmbH eigens für diesen Fall von den Beschränkungen des § 181 BGB freigestellt werden muß.

c) Es kommt hiernach darauf an, ob die Gesellschafter der GmbH wirksam beschlossen haben (§ 47 GmbHG),

dem Kläger zu gestatten, für die GmbH bei einer Änderung des KG-Vertrags mitzuwirken, die das Ziel haben sollte, ihm den Abschluß eines Darlehens- und Übereignungsvertrags mit der KG als deren Vertreter und zugleich im eigenen Namen zu ermöglichen. Ein solcher Beschluß läßt sich dem Tatsachenvortrag des Klägers nicht entnehmen.

Nach § 48 GmbHG kommen Gesellschafterbeschlüsse entweder in Versammlungen oder - unter bestimmten Voraussetzungen - schriftlich zustande. Auch die Satzung der hier beteiligten GmbH sieht nur diese beiden Formen (mit gewissen Abwandlungen für das schriftliche Verfahren) vor (§§ 11 bis 14). Zu einem dementsprechend formgerechten Befreiungsbeschluß ist es hier unstreitig nicht gekommen.

Der Sachverhalt erfordert keine nähere Prüfung, inwieweit die Gesellschafter einer GmbH auch auf nicht schriftlichem Wege außerhalb der Versammlung wirksame Beschlüsse fassen können, oder ob solche Beschlüsse, weil in der Form gegen Gesetz und Satzung verstoßend, an sich anfechtbar wären, tatsächlich aber bei allseitigem Einvernehmen nicht angefochten werden können (vgl. Schilling in Hachenburg, GmbHG 6. Aufl. § 53 Anm. 5). Auch eine formlose Beschlußfassung setzt mindestens voraus, daß alle Gesellschafter deutlich genug den Willen zum Ausdruck bringen, auf diesem Wege überhaupt Beschluß zu fassen, d. h. als oberstes Gesellschaftsorgan eine Gesellschaftsangelegenheit durch

gemeinsame - gegebenenfalls mehrheitliche - Entscheidung verbindlich zu regeln. Daran fehlt es hier im Gegensatz zu den in BGHZ 15, 324 und BGH WM 1971, 1082 behandelten Fällen, in denen eindeutig gleichgerichtete und zudem notariell beurkundete oder schriftliche Willensäußerungen aller Gesellschafter vorlagen.

Nach dem hier als richtig zu unterstellenden Vortrag des Klägers hat der Gesellschafter Scheel den vorher mit ihm besprochenen Darlehens- und Übereignungsvertrag "ausdrücklich genehmigt" und ihn nur deshalb nicht, wie Fruchtnicht, mitunterzeichnet, weil er schon am 1. April 1966 die Absicht hatte, alsbald aus der Gesellschaft auszuscheiden; zum 1. April 1966 ist er eingeladen gewesen, aber nicht gekommen. In diesem Vorbringen liegt nicht schon die schlüssige Behauptung, die Gesellschafter der GmbH hätten sich dahin geeinigt, abweichend von Gesetz und Satzung formlos einen Beschluß zu fassen, der es dem Kläger gestattet hätte, als Geschäftsführer der GmbH und gleichzeitig im eigenen Namen als Kommanditist bei einer Änderung des KG-Vertrags mitzuwirken, die ihm den Weg für ein beiderseitiges Tätigwerden bei einem Darlehensgeschäft zwischen ihm und der KG freimachen sollte.

V. Da hiernach nicht alle Voraussetzungen für eine wirksame Sicherungsübereignung an den Kläger vorge-
tragen sind, haben die Vorinstanzen die Widerspruchsklage mit Recht abgewiesen.

Stimpel

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann