

BUNDESGERICHTSHOF  
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 213/94

Verkündet am:  
20. November 1995  
Boppel  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwältin Hannelore K[REDACTED]-Kn[REDACTED], B[REDACTED] Straße [REDACTED],  
Kö[REDACTED], als Verwalterin in dem Gesamtvollstreckungsverfahren über  
das Vermögen der F[REDACTED] GmbH i.A., F[REDACTED]straße [REDACTED],  
Dresden,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und [REDACTED] -

gegen

Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben,  
vertreten durch ihren Vorstand Dr. Heinrich H[REDACTED],  
L[REDACTED] Straße [REDACTED], Be[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. November 1995 durch die Richter Dr. Hesselberger, Dr. Henze, Dr. Goette, Prof. Dr. Greger und Dr. Boetticher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts vom 12. Juli 1994 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin ist Gesamtvollstreckungsverwalterin über das Vermögen der durch Umwandlung aus dem VEB P [REDACTED] entstandenen P [REDACTED] GmbH i.A. Die Prozeßparteien streiten um die Verpflichtung der Beklagten, die im Rahmen der Gesamtvollstreckung der P [REDACTED] GmbH i.A. entstandenen Kosten der Abwicklung zu tragen.

Die Präcitronic GmbH i.A. wurde mit notarieller Vereinbarung vom 2. Oktober 1990 unter Bezugnahme auf §§ 17 ff. des Gesetzes über die Gründung und Tätigkeit privater Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen vom 7. März 1990 (UnternehmensG, GBl. DDR I, 141 ff.) zum Zwecke der Reprivatisierung in die G [REDACTED] P [REDACTED] GmbH umgewandelt. Der notariellen Urkunde waren zwei auf den 28. September 1990 datierte Anlagen beigefügt. Ziffer 7 der Anlage 1 lautet wie folgt:

"Vereinbarung über die zu übernehmenden Fonds, Verbindlichkeiten, Forderungen und Vertragsverhältnisse gemäß § 19 - siehe Anlagen."

Im Anlageverzeichnis der Anlage 1 ist auf eine "Vereinbarung zu Ziffer 7" Bezug genommen.

Die Anlage 2 ist überschrieben mit "Vereinbarung über die gemäß § 19 Abs. 1 zu übernehmenden Fonds, Verbindlichkeiten, Forderungen und Vertragsverhältnisse". Ziffer 6 Abs. 2 der Anlage 2 lautet:



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



"Die finanzielle Verrechnung der Tätigkeit der Abwicklungsgruppe (Kontenführung, Lohn- und Gehaltsabrechnung, Nachweise) übernimmt die Grahnert Präcitronic GmbH. Die entstehenden Kosten werden der Abwicklungsgruppe monatlich in Rechnung gestellt. Die Finanzierung der Abwicklung wird durch die Treuhand Außenstelle Dresden gesichert."

Während die notarielle Vereinbarung vom 2. Oktober 1990 und die Anlage 2 jeweils nur von Vertretern der G [REDACTED] P [REDACTED] GmbH i.A. unterzeichnet sind, ist die Anlage 1 zusätzlich mit der schriftlichen Zustimmung der Beklagten versehen. Einen unter dem Text der Anlage 1 angebrachten handschriftlichen Zusatz ("gilt nur in Verbindung mit Ergänzungsschreiben vom 28. September 1990") hat die Beklagte gestrichen.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte habe auf der Grundlage der Anlage 1 die Verpflichtung übernommen, die Abwicklungskosten der P [REDACTED] GmbH i.A. zu übernehmen.

Ihre auf Erstattung der diesbezüglichen Kosten gerichtete Klage ist in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat eine Verpflichtung der Beklagten zur Übernahme der Abwicklungskosten mit der Begründung verneint, aus der notariellen Vereinbarung vom 2. Oktober 1990 und den beiden darin aufgeführten Anlagen ergebe sich kein diesbezüglicher Wille der Beklagten. Hiergegen spreche insbesondere, daß die Beklagte den handschriftlichen Zusatz am Ende der Anlage 1 gestrichen habe. Dies lasse nur den Schluß zu, daß die Beklagte die sich aus der Anlage 2 ergebenden Verpflichtungen nicht habe tragen wollen. Deshalb bedürfe es auch keiner Beweiserhebung zu dieser Frage.

Das Berufungsgericht hat weiterhin ausgeführt, eine Haftung der Beklagten ergebe sich auch nicht aus § 11 Abs. 2 GmbHG. Auch scheide eine Haftung nach den Grundsätzen der Vorgründungsgesellschaft aus.

II.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in jeder Hinsicht den Angriffen der Revision stand.

1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings einen Anspruch aus § 11 Abs. 2 GmbHG verneint. Bei der GmbH i.A. handelt es sich um eine juristische Person, die sowohl für Altverbindlichkeiten der Wirtschaftseinheit, aus der sie hervorgegangen ist, als auch für Neuverbindlichkeiten, die für die GmbH i.A. eingegangen worden sind, haftet (Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 8. Aufl., Rz. 194 u. 196 zu

§ 11 GmbHG). Daneben ist kein Raum für eine Handelndenhaftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG (Scholz/K. Schmidt aaO, Rz. 97 u. 197 zu § 11 GmbHG m.w.N. in Fn. 539). Zudem hat die Beklagte ein rechtsgeschäftliches Handeln für die Präcitronic GmbH i.A. allenfalls geduldet. Eine bloße Duldung ist aber kein hinreichender Ansatzpunkt für eine Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG (BGHZ 47, 25, 27 ff.; 65, 378, 380 f.; BGH, Urt. v. 29. Mai 1980 - II ZR 225/78, ZIP 1980, 658, 659).

2. Keinen Bedenken begegnet es auch, daß das Berufungsgericht die Möglichkeit einer Inanspruchnahme der Beklagten als Gründerin und künftiger Mitgesellschafterin der Grahnert P[REDACTED] GmbH verneint hat. In dem maßgebenden Zeitraum befand sich die Gesellschaft noch im Stadium der Vorgründungsgesellschaft, deren Zweck darauf gerichtet war, die in Aussicht genommene GmbH zu gründen. Als solche war sie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Betrieb sie ein Handelsgewerbe unter einer gemeinsamen Firma, erfüllte sie die Voraussetzungen einer offenen Handelsgesellschaft (BGHZ 91, 148, 151).

Eine persönliche und unbeschränkte Haftung der Gesellschafter einer solchen Gesellschaft gegenüber den Gläubigern tritt bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts dann ein, wenn die Gesellschafter persönlich verpflichtet worden sind (BGHZ 94, 240, 242); bei der offenen Handelsgesellschaft setzt das zumindest die Aufnahme der Geschäftstätigkeit voraus (§ 123 Abs. 2 HGB). Ob diese Voraussetzungen hier erfüllt sind, kann offenbleiben. Denn bei den durch die Klägerin geltend gemachten Abwicklungskosten handelt es sich nach deren Vorbringen nicht um Verbindlichkeiten der Vorgrün-

derungsgesellschaft, sondern um eigenständige Verpflichtungen der Beklagten, für die diese im Rahmen ihres gesetzlichen Sanierungsauftrages einzustehen hat (vgl. § 2 Abs. 6 TreuhandG).

3. Durchgreifenden Bedenken begegnet aber die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Haftung der Beklagten aus der notariellen Vereinbarung vom 2. Oktober 1990 in Verbindung mit den beiden Anlagen abgelehnt hat. Die Auslegung der Vertragsklauseln, auf die die Klägerin ihren Anspruch auf Erstattung der Abwicklungskosten stützt, erfordert die Berücksichtigung der gesamten für die Umwandlung maßgebenden Umstände und rechtlichen Bestimmungen. Dem wird das Berufungsurteil nicht gerecht.

a) Verfahrensfehlerhaft hat das Berufungsgericht bei seiner Auslegung der Zustimmungserklärung der Beklagten in der Anlage 1 zur notariellen Vereinbarung vom 2. Oktober 1990 unberücksichtigt gelassen, daß die Klägerin substantiiert unter Antritt von Zeugenbeweis vorgetragen hat, die Übernahme der Abwicklungskosten sei bereits Gegenstand der Verhandlungen vom 26. September 1990 gewesen. Schon dort sei eine grundsätzliche Übereinkunft erzielt worden, daß die Kosten der Abwicklung von der Beklagten zu tragen seien. Von der Vernehmung des Zeugen durfte das Berufungsgericht insbesondere nicht schon deshalb absehen, weil dieser an der Besprechung vom 26. September 1990 nicht teilgenommen hat. Da der Zeuge alleinvertretungsberechtigter Direktor der Außenstelle der Beklagten in D [REDACTED] war, kann nicht von vornher-

ein ausgeschlossen werden, daß er von seinen Mitarbeitern über den Gang der Verhandlungen in Kenntnis gesetzt worden ist.

Daß die behauptete Vereinbarung über die Übernahme der Abwicklungskosten durch die Beklagte getroffen worden sein kann, ergibt sich auch aus Ziffer 3.1 des über den Verlauf der Verhandlungen gefertigten Protokolls vom 26. September 1990, wonach im Auftrag der Treuhand eine Abwicklungsgruppe berufen worden ist, der die "finanztechnische Bearbeitung" der Abwicklung "auf Rechnung der Treuhand" übertragen wurde. Einwendungen gegen die Richtigkeit des Protokolls hat die Beklagte nicht erhoben.

b) Auch die weiteren, anlässlich der Privatisierung des vormaligen VEB P [REDACTED] von der Beklagten getroffenen Vereinbarungen zeigen, daß sich die Übernahme der Abwicklungskosten durch die Beklagte ohne weiteres in die Konzeption des Gesamtvertragswerkes einfügen läßt. So ist die Beklagte nach Anlage 2 Ziffer 7 des Vertrags vom 2. Oktober 1990 mit den Kosten des Sozialplans, nach Anlage 2 Ziffer 6 dieses Vertrags in Verbindung mit Punkt 3 des Protokolls vom 26. September 1990 mit den Verbindlichkeiten aus Umweltlasten sowie nach Ziffer 3 des Protokolls vom 26. September 1990 mit den Kosten der DM-Eröffnungsbilanz bzw. des Abschlusses zum 30. Juni 1990 weitere Verpflichtungen gegenüber der P [REDACTED] GmbH i.A. eingegangen. Anhaltspunkte dafür, daß die Beklagte die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten ablehnt, ergeben sich aus dem Vortrag der Parteien nicht.

c) Die Übernahme der Abwicklungskosten läßt sich auch mit dem gesetzlichen Aufgabenbereich der Beklagten in Einklang bringen. Hiernach waren die Abwicklung, sanierungsfähiger Betriebe und die Schaffung wettbewerbsfähiger Unternehmen Ziel der Tätigkeit der Beklagten (vgl. § 2 Abs. 6 TreuhandG). Die Übernahme der Abwicklungskosten durch sie erscheint insbesondere auch deshalb nicht ausgeschlossen, weil gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 UnternehmensG eine umfassende Vereinbarung über die Übernahme der Verbindlichkeit des umzuwandelnden Unternehmens unabdingbare Voraussetzung einer wirksamen Umwandlung war.

d) Demgegenüber kann der Streichung des handschriftlichen Zusatzes in der Anlage 1 nicht die entscheidende Bedeutung zukommen, die das Berufungsgericht diesem Umstand beimessen hat.

Zu Recht weist die Revision darauf hin, daß auch ohne diesen Zusatz eine Einbeziehung der Anlage 2 in das Gesamtwerk denkbar ist. Hierfür spricht, daß in der Anlage 1 sowohl in Ziffer 7 auf "Anlagen" und in dem Anlagenverzeichnis auf die unter Ziffer 7 genannte Vereinbarung Bezug genommen worden ist. Hinzu kommt, daß in dem handschriftlichen Zusatz keine Anlage, sondern ein "Ergänzungsschreiben" erwähnt ist. Ein solches Schreiben befindet sich jedoch nicht bei den Akten. Anhaltspunkte dafür, daß mit dem "Ergänzungsschreiben" die "Anlage" bzw. die unter "Anlagen" aufgeführte Vereinbarung zu Ziffer 7 der Anlage 1 gemeint war, sind nicht ersichtlich. Schon diese Umstände sprechen gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, aus der Streichung des handschriftlichen Zusatzes ergebe sich der Wille der Beklagten, eine

Übernahme der Abwicklungskosten abzulehnen. Wenn sich die Beklagte von der Verpflichtung aus der Anlage 2 hätte distanzieren wollen, so hätte es nahegelegen, Ziffer 7 der Anlage 1 oder Ziffer 6 der Anlage 2 ausdrücklich auszuschließen.

e) Im Hinblick auf diese Einzelheiten kann die Unterzeichnung der Anlage 1 durch die Beklagte durchaus dahingehend verstanden werden, daß der P [REDACTED] GmbH i.A. ein Anspruch auf Erstattung der im Rahmen ihrer Abwicklung entstandenen Kosten gegen die Beklagte eingeräumt werden sollte. Dabei liegt es nahe, daß die Verpflichtung der Beklagten zur Übernahme dieser Kosten unter dem Vorbehalt der Zahlungsunfähigkeit der Präcitronic GmbH i.A. bestanden hat.

Regelungen dieser Art waren nach dem Recht der ehemaligen DDR ohne weiteres zulässig. Gemäß § 45 Abs. 3 ZGB war eine eigenverantwortliche Rechtsgestaltung durch Vereinbarungen möglich, die von den im Gesetz enthaltenen Vertragstypen abweichen.

### III.

1. Das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus zu Recht - eine Prüfung der Wirksamkeit der notariellen Vereinbarung vom 2. Oktober 1990 und deren Anlagen nicht vorgenommen. Die Wirksamkeit der Umwandlungserklärung kann nach dem bisherigen Vortrag der Prozeßparteien jedoch nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Das Berufungsgericht wird sich - ggf. nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien - auch mit dieser Frage auseinandersetzen müssen.

a) Klärungsbedürftig ist, ob die Beurkundung der Umwandlungserklärung am 2. Oktober 1990 noch wirksam vorgenommen werden konnte.

Nach § 39 Nr. 10 des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen waren die §§ 17 bis 19 UnternehmensG bereits mit Wirkung zum 29. September 1990 außer Kraft gesetzt worden (vgl. das Vermögensgesetz in der Fassung des Einigungsvertrages v. 31. August 1990, GBl. DDR I, S. 1899 sowie die Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Einigungsvertrages v. 29. September 1990, GBl. DDR I, S. 1988). Eine Übergangsvorschrift enthält das Vermögensgesetz nicht. Erst die Verordnung zum Vermögensgesetz über die Rückgabe von Unternehmen (Unternehmensrückgabeverordnung - URÜV -) vom 13. Juli 1991 (BGBl. I, 1542) regelt in § 13 die Voraussetzungen, unter denen ein Vertrag über die Umwandlung eines Unternehmens auf der Grundlage des Unternehmensvertragsgesetzes auch noch nach der Aufhebung dieses Gesetzes wirksam durchgeführt werden kann. Danach muß die behördliche Entscheidung bis zum 29. September 1990 vorgelegen haben, die Umwandlungserklärung vor dem 1. Juli 1991 notariell beurkundet und die Eintragung vorgenommen, zumindest aber bis zum 30. Juni 1991 beantragt worden sein.

Die Frist zur notariellen Beurkundung ist eingehalten worden. Als behördliche Entscheidung wird man die Mitwirkung der Verwaltungsbehörde an der Umwandlungserklärung, insbesondere die Teilnahme einer Vertreterin der Bezirkswirtschaftsbehörde D[REDACTED] an der Verhandlung vom 26. September 1990 und die Unterzeichnung der Anlage 1 durch einen Regierungsbevollmächtigten ausreichen lassen können.

Aus dem Sachvortrag der Parteien ist jedoch nicht ersichtlich, ob die G [REDACTED] P [REDACTED] GmbH bis zum 30. Juni 1991 in das Register eingetragen oder bis zu diesem Zeitpunkt zumindest ein diesbezüglicher Antrag gestellt worden ist. Hierzu werden weitere Feststellungen zu treffen sein.

b) Unschädlich dürfte demgegenüber sein, daß der Gesellschaftsvertrag der G [REDACTED] P [REDACTED] GmbH erst nach der Umwandlungserklärung notariell beurkundet worden ist. Zwar entspricht das nicht dem Wortlaut von § 19 Abs. 4 UnternehmensG, wonach die Umwandlungserklärung bei der Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft "nach deren Gründung" vorzunehmen ist. Diese Regelung ist jedoch in sich widersprüchlich. Die Umwandlungserklärung kann nicht nach Gründung der neuen Kapitalgesellschaft erfolgen und gleichzeitig die Grundlage für die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister bilden (§ 19 Abs. 5 Satz 2 UnternehmensG), weil erst die Eintragung in das Register die neue Gesellschaft entstehen läßt (vgl. hierzu Hebing, BB 1990, Beil. 21, S. 1, 8). Im Hinblick auf diese unklare gesetzliche Regelung ergibt sich kein Ansatzpunkt dafür, die Umwandlungserklärung deswegen als unwirksam anzusehen, weil der Gesellschaftsvertrag erst nach ihrer Abgabe geschlossen und die Gesellschaft damit errichtet worden ist.

c) Bedenken gegen eine wirksame Vertretung der Präcitronic GmbH i.A. und der G [REDACTED] P [REDACTED] GmbH ergeben sich nach Ansicht des Senates nicht.

Für die P [REDACTED] GmbH i.A. konnte deren vorläufiger Geschäftsführer auftreten (§ 16 Abs. 1 und 2 TreuhandG). Einer wirksamen Vertretung der G [REDACTED] P [REDACTED] GmbH durch die als spätere Geschäftsführer vorgesehenen Personen steht nicht entgegen, daß es sich bei der von ihnen vertretenen Gesellschaft zum Zeitpunkt der Umwandlungserklärung erst um eine Vorgründungsgesellschaft gehandelt hat und daß zu einer von dieser Gesellschaft eingeräumten Vollmacht nichts vorge-  
tragen worden ist. Jedenfalls liegt in der der Umwandlungs-  
erklärung nachfolgenden Feststellung des Gesellschaftsver-  
trages der G [REDACTED] P [REDACTED] GmbH, deren Stammkapital aus dem Vermögen des umgewandelten Unternehmens gebildet wurde, eine Genehmigung im Sinne des § 59 Abs. 1 ZGB bzw. § 177 BGB, weil diese Gründung gerade die Wirksamkeit der Umwandlungserklärung voraussetzt.

Die als Anlage 1 und 2 der notariellen Umwandlungserklä-  
rung beigefügten Vereinbarungen vom 28. September 1990 sind zwar nur von G [REDACTED] sen. sowohl für die GmbH i.A. als auch für die in Gründung befindliche G [REDACTED] P [REDACTED] GmbH unterschrieben worden. Damit hat G [REDACTED] sen. jeweils als Vertreter einer Vertragspartei zwei gegenläufige Willenserklärungen abgegeben, was gegen das Verbot des Selbstkontra-  
hierens verstößt (§ 56 Abs. 3 ZGB, § 181 BGB). Ein solcher Verstoß führt jedoch nur zur schwebenden Unwirksamkeit der Erklärungen. Werden sie durch den Vertretenen genehmigt, wird er aus dem Vertrag berechtigt und verpflichtet. Eine solche Genehmigung kann man bereits in der Einbeziehung der in den Anlagen enthaltenen Vereinbarungen in die notarielle Umwandlungserklärung erblicken, bei der beide Vertragspart-  
ner ordnungsgemäß vertreten waren. Auch die auf der Umwand-

lungsvereinbarung vom 28. September 1990 vermerkte Zustimmung der Treuhandanstalt kann als Genehmigung in diesem Sinne verstanden werden.

IV.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - ggf. nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Hesselberger

Dr. Henze

Dr. Goette

Dr. Greger

Dr. Boetticher