

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 225/78

URTEIL

Verkündet am
29. Mai 1980
Kaufmann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Neon-G[REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäfts-
führer, Dipl.-Ing. Joachim G[REDACTED], M[REDACTED]straße [REDACTED],
H[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

Helmut He[REDACTED], A[REDACTED]straße [REDACTED], S[REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1980 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 4. Zivilsenat in Freiburg - vom 19. Oktober 1978 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte und Robert Boulet gründeten durch notariellen Vertrag vom 25. August 1975 die "Helmut He[REDACTED] Vertriebs-GmbH". Gegenstand des Unternehmens sollten "die Herstellung und der Vertrieb von durch Patent geschützten fluoreszierenden Tafeln, ferner der Vertrieb von Schreibwaren, Büroartikeln, Lernspielen und ähnlichen Artikeln" sein. Auf das Stammkapital von 20.000 DM sollten der Beklagte 18.000 DM und Boulet 2.000 DM in bar einzahlen. Zum Geschäftsführer wurde Boulet bestellt. Der am 24. September 1975 beim Registergericht eingegangene Eintragungsantrag enthielt die Versicherung des Geschäftsführers, daß die Stamm-

- 3 -

einlagen voll eingezahlt seien und sich in seiner freien Verfügung befänden. Am 25. November 1975 nahm Boulet den Antrag wieder zurück, nachdem es zu Meinungsverschiedenheiten mit dem Beklagten gekommen war.

Schon vor Abschluß des notariellen Vertrages hatte Boulet namens der Gesellschaft Geschäfte abgeschlossen. Am 11. Juni 1975 hatte er bei der Klägerin, einer Leuchtröhrenfabrik, wegen der Lieferung von Röhren schriftlich angefragt. Der hierbei benutzte Briefbogen trägt am Kopf den Aufdruck "Helmut He[REDACTED] Vertriebs-GmbH" und am unteren Rand unter anderem die Worte: "Geschäftsführer: Robert R. B[REDACTED]. Eingetragen im Handelsregister Waldshut". Es wurden dann zunächst kleinere Teillieferungen fernmündlich vereinbart und im Juli und August 1975 ausgeführt. Danach legte B[REDACTED] am 22. September 1975 telefonisch den Gesamtauftrag fest. Über ihre anschließenden und früheren Lieferungen erteilte die Klägerin unter dem 29. Oktober 1975 eine Rechnung über insgesamt 9.991,55 DM.

Diesen Betrag mit Zinsen und Mahnkosten hat die Klägerin gegen den Beklagten vor allem unter dem Gesichtspunkt des § 11 Abs. 2 GmbHG eingeklagt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung eines Teilbetrages von 159,73 DM, der auf Warenbestellungen vor dem 25. August 1975 entfällt, verurteilt und im übrigen die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision, die der Beklagte zurückzuweisen beantragt, verfolgt die Klägerin ihren restlichen Klageanspruch weiter.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

Im Revisionsverfahren sind nur noch die Kaufpreisansprüche der Klägerin für Warenlieferungen im Streit, die im Namen der "Helmut He [REDACTED] Vertriebs-GmbH" nach Abschluß des notariellen GmbH-Gründungsvertrages bis zur Rücknahme des Eintragungsantrags beim Handelsregister, also in der Zeit vom 25. August bis zum 25. November 1975, bei ihr bestellt worden sind. Insoweit hält das Berufungsgericht zutreffend den Beklagten weder nach § 11 Abs. 2 GmbHG noch als Mitglied der Vorgesellschaft noch aus einem sonstigen Rechtsgrund für persönlich verpflichtet.

1. Eine Haftung des Beklagten wegen Handelns für die noch nicht eingetragene GmbH nach § 11 Abs. 2 GmbHG scheidet aus, weil sich diese Haftung nach der neueren Rechtsprechung des Senats (BGHZ 65, 378) auf Geschäftsführer und wie Geschäftsführer auftretende Personen beschränkt und der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in einer solchen Eigenschaft nicht tätig gewesen ist. Das bezweifelt die Revision zu Unrecht. Die von ihr hervorgehobene Höhe der im Gründungszeitraum eingegangenen Verbindlichkeiten und das geschäftliche Interesse des Beklagten an dem geplanten Unternehmen haben nichts mit der Frage zu tun, ob er als "Handelnder" im Sinne von § 11 Abs. 2 GmbHG zu betrachten ist; die hierfür grundsätzlich notwendige Geschäftsführereigenschaft vermag ein maßgeblicher interner Einfluß auf die vorzeitige Geschäftsaufnahme ebensowenig zu ersetzen wie die hier behauptete Vermögenslosigkeit des Geschäftsführers (BGHZ 65, 378, 381; 47, 25, 30). Dasselbe gilt für das

Vorbringen der Revision, zumindest der erste Anschein spreche dafür, daß der Beklagte die Tätigkeit des Geschäftsführers B. [REDACTED] "aus dem Hintergrund gelenkt" habe. Selbst wenn dies der Fall wäre, fehlte das für § 11 Abs. 2 GmbHG entscheidende Merkmal, daß der in Anspruch Genommene nach außen als oder wie ein Geschäftsführer rechtsgeschäftlich tätig gewesen sein muß. Gleichgültig ist auch, daß sich Büro- und Telefonanschluß der mit dem Namen des Beklagten firmierenden Gesellschaft in dessen Geschäftsräumen befunden haben und der Beklagte über das Konto der Gründungsgesellschaft allein Verfügungsberechtigt gewesen sein soll. Die Klägerin hat nicht einmal vorgetragen, sie habe dies gewußt und daraus den Schluß gezogen, der Beklagte sei der Geschäftsführer der mit ihr kontrahierenden "GmbH". Eine solche Folgerung verbot sich schon aufgrund der Tatsache, daß die Klägerin aus der schriftlichen Anfrage vom 11. Juni 1975 mit dem Aufdruck: "Geschäftsführer: Robert R. B. [REDACTED]" klar das Gegenteil ersehen konnte.

Angesichts dieser Tatsache konnte das Berufungsgericht auch davon absehen, über die Behauptung der Klägerin Beweis zu erheben, nach Eingang des Anfrageschreibens habe sie mehrmals mit dem Beklagten über die Lieferungen telefoniert. Soweit sich diese Behauptung auf Äußerungen des Beklagten über die Bezahlung der Rechnung bezieht, ist sie für eine Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG schon deshalb unerheblich, weil in diesem Zeitpunkt die der Klage zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte bereits abgeschlossen waren. Den weiteren Vortrag der Klägerin, der Beklagte habe einmal bei ihrer Buchhalterin angerufen und auf schnelle Lieferung gedrängt, hat das Berufungs-

gericht rechtlich fehlerfrei dahin gewürdigt, aus ihr habe die Klägerin noch nicht auf eine Geschäftsführertätigkeit des Beklagten schließen können; der Beklagte könne insoweit auch als Bevollmächtigter des Geschäftsführers gehandelt haben, was seine Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG nicht begründen würde (BGHZ 66, 359).

2. Das Berufungsgericht geht davon aus, B. [REDACTED] habe durch seine Bestellungen bei der Klägerin nicht nur die künftige GmbH verpflichten wollen, sondern auch für die Vorgesellschaft als Empfängerin der Waren gehandelt. Es verneint aber eine Haftung des Beklagten auch als Mitglied der Vorgesellschaft mit der Begründung, aus der Bezeichnung "GmbH" sei für die Klägerin eindeutig erkennbar gewesen, daß der Geschäftsführer Boulet die Gesellschafter nur beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen und noch geschuldete Einlagen habe verpflichten dürfen und wollen. Seine Stammeinlage von 18.000 DM sowie eine darüber hinaus etwa entsprechend § 24 GmbHG geschuldete weitere Einlage von 2.000 DM habe der Beklagte erbracht, indem er 1977 das höhere Debet auf dem Konto der Vorgesellschaft bei der Sparkasse S. [REDACTED] durch Zahlung ausgeglichen habe. Auch diese Ausführungen stehen im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 65, 378, 381 ff; 72, 45, 47 ff; vgl. auch Urt. v. 8. 10. 79 - II ZR 165/77, WM 1979, 1389 zu 3).

a) Zu Unrecht meint die Revision, der Wille zur Haftungsbegrenzung könne nicht schon durch die Bezeichnung "GmbH", sondern erst mit der Anmeldung der GmbH beim Handelsregister nach außen hin wirksam zum Ausdruck kommen, weil ein Geschäftspartner erst von diesem

Zeitpunkt an über die Beschränkung genaue Kenntnis erlangen und seine Befriedigungsaussichten danach beurteilen könne. Der Grund dafür, daß bei Geschäftsabschlüssen für eine Vorgesellschaft deren Mitglieder ihre Haftung auch dann beschränken können, wenn der schon vor der Eintragung aufgenommene oder fortgeführte Geschäftsbetrieb unter § 1 HGB fällt, liegt darin, daß eine Vorgesellschaft, solange die Eintragung betrieben wird, keine offene Handelsgesellschaft ist, sondern besonderen Regeln unterliegt, die sich aus ihrer Eigenart als notwendige Vorstufe für die Entstehung eines juristisch selbständigen Rechtsträgers ergeben (BGHZ 51, 30, 32). Sie beginnt, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, schon in dem Augenblick, in dem der erste entscheidende Schritt zur Errichtung der juristischen Person getan ist. Das ist der Abschluß des Gründungsvertrages, der die wesentlichen Grundlagen der einzutragenden Gesellschaft und namentlich die Höhe ihres Kapitals und der darauf zu leistenden Einlagen festlegt (vgl. auch §§ 28, 29 AktG).

Die damit gegebene Möglichkeit einer Haftungsbegrenzung schon von der Gründung an beeinträchtigt auch nicht, wie die Revision meint, die Gläubigerinteressen auf eine Weise, die mit den gesetzlichen Schutzvorschriften unvereinbar wäre. Durch sie ist ein Gläubiger der als "GmbH" auftretenden Vorgesellschaft im allgemeinen nicht schlechter gestellt als derjenige, der mit einer schon eingetragenen GmbH abschließt. Ein rechtlicher Unterschied liegt allerdings darin, daß bei der eingetragenen Gesellschaft eine gewisse Kontrolle durch das Registergericht vorausgegangen ist und die strengen Vorschriften über

die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals voll eingreifen. Aber auch diese gesetzlichen Sicherungen schützen den Gläubiger nicht gegen den tatsächlichen Verbrauch des Stammkapitals vor Befriedigung seiner Forderung. Darüber hinaus eröffnet das Gesetz für den meist gegebenen Fall, daß zugleich die künftige GmbH verpflichtet sein sollte, gerade mit Rücksicht auf die rechtliche Ungewißheit eines späteren Zugriffs auf das Gesellschaftsvermögen dem Geschäftsgegner die Möglichkeit einer unbegrenzten Inanspruchnahme des Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG, die in einem Fall wie dem vorliegenden zu der (beschränkten) Haftung der Mitglieder der Vorgesellschaft noch hinzutritt.

b) Die Tatsache, daß hier schon vor Abschluß des notariellen Gründungsvertrages im Namen der Gesellschaft Geschäfte eingegangen worden sind, rechtfertigt nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts keine abweichende Beurteilung, soweit es um Warenbestellungen nach dem 25. August 1975 geht.

c) Da die Vorgesellschaft noch keine juristische Person ist, sondern eine, wenn auch besonderen Rechtsgrundsätzen unterliegende, gesamthänderische Personenvereinigung, kann ein Gläubiger die Gründer, gegebenenfalls im Rahmen ihrer beschränkten Haftung, unmittelbar in Anspruch nehmen (BGHZ 72, 45, 48 f). Infolgedessen sind die für die eingetragene GmbH geltenden Kapitalschutzvorschriften zwangsläufig insofern unanwendbar, als sie davon ausgehen, daß ein Gesellschafter seine Bareinlagepflicht nur durch Geldzahlung an die Gesell-

schaft erfüllen kann. Das bedeutet, daß ein Gründer von seiner auf das Einlagekapital beschränkten Haftung für Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft auch durch Befriedigung beliebiger Gesellschaftsgläubiger frei werden kann - was freilich seine Bareinlagepflicht gegenüber der eingetragenen GmbH nicht berührt (BGHZ 65, 378, 383 f).

Einen solchen Sachverhalt hat das Berufungsgericht festgestellt. Danach hat der Beklagte im Jahre 1977 Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft in Höhe von 58.953,59 DM, von denen 35.753,15 DM in der Zeit vom 25. August bis zum 25. November 1975 entstanden waren, durch Zahlung an die Sparkasse S. [REDACTED] getilgt. Hierdurch ist seine Haftung ohne Rücksicht darauf erloschen, daß er damit zugleich seine eigene Bürgschaftsverpflichtung erfüllt hat. Daß die Klägerin und andere Gläubiger mit ihren Forderungen ausgefallen sind, läuft entgegen der Ansicht der Revision nicht auf einen völligen Haftungsausschluß hinaus (vgl. BGHZ 65, 378, 383), sondern ist nur eine Folge der - gesetzlich zulässigen - Haftungsbeschränkung, die bei der Vorgesellschaft nicht anders als bei der eingetragenen GmbH zu solchen Ausfällen führen muß, wo das Gesellschaftsvermögen einschließlich der noch ausstehenden Einlagen zur Befriedigung aller Gläubiger nicht ausreicht. Dabei bietet das Gesetz keine Handhabe für die von der Revision geforderte "Chancengleichheit". Denn nur im Konkurs gilt der Grundsatz der verhältnismäßigen Befriedigung aller Gläubiger.

3. Das Vorbringen der Revision, die Berufung des Beklagten auf seine Haftungsbeschränkung sei nach Lage der Sache treu- und sittenwidrig, läuft auf einen Haftungsdurchgriff gegen den Beklagten hinaus. Die Voraussetzungen für einen solchen Durchgriff sind jedoch nach dem Klagevortrag nicht gegeben.

a) Daß der Beklagte sich einer Gesellschaftsform bedient hat, bei der er seine Haftung beschränken konnte, war gesetzlich erlaubt und bedeutet **allein noch keinen** Mißbrauch juristischer Gestaltungsmöglichkeiten. Der Vorwurf, er habe hierbei einen vermögenslosen, im Ausland lebenden Mitgesellschafter und Geschäftsführer vorge-schoben, um sich einer persönlichen Haftung zu entziehen, trifft schon deshalb nicht zu, weil der Beklagte 9/10 des Stammkapitals von 20.000 DM selbst übernommen hat und tatsächlich nicht nur für diesen Betrag, sondern für eine noch wesentlich höhere Summe aufgekommen ist.

b) Die Tatsache, daß der Beklagte schon aufgrund seiner hohen Mehrheitsbeteiligung die Geschäftsführung entscheidend beeinflussen konnte, reicht auch in diesem Zusammenhang nicht aus, einen Haftungsdurchgriff auf ihn persönlich zu begründen.

c) Schließlich fehlt jede tatsächliche Grundlage für die Annahme, der Beklagte habe den Eindruck unbeschränkter persönlicher Haftung hervorgerufen. Seine behauptete telefonische Äußerung vom 9. Dezember 1975 gegenüber der Klägerin: "Wir werden schon bezahlen" hat das Berufungsgericht rechtlich fehlerfrei dahin gewürdigt, daß ihr

die Erklärung, sich unbegrenzt persönlich verpflichten zu wollen, nicht zu entnehmen sei. Auf die Lieferbereitschaft der Klägerin und die werbenden Geschäfte der Vor-gesellschaft allgemein konnte sich eine solche Bemerkung ohnehin nicht mehr auswirken, weil zu diesem Zeitpunkt die Gesellschaftsgründung bereits gescheitert und die Lieferungen der Klägerin abgeschlossen waren.

4. Ein Anspruch gegen den Beklagten wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen entfällt schon deswegen, weil der Beklagte weder Vertragspartner der Klägerin gewesen noch festgestellt ist, daß er die Vertragsverhandlungen maßgeblich selbst geführt habe. Zudem läßt sich eine schuldhaftige Schädigung der Klägerin auch sachlich nicht aus der Überlegung der Revision herleiten, die schon vor Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrags eingeleiteten Geschäftsbeziehungen zur Klägerin hätten die Verpflichtung begründet, die Klägerin nach dem notariellen Vertragsabschluß auf die hierdurch bedingte Änderung der Haftungsverhältnisse besonders aufmerksam zu machen. Denn soweit die hier allein interessierenden Lieferungen der Klägerin nach dem 25. August 1975 infrage stehen, wies der Firmenzusatz "GmbH" sie ohnehin deutlich genug darauf hin, daß sie es mit beschränkt haftenden Gesellschaftern zu tun hatte.

5. Ebenfalls erfolglos rügt die Revision, das Berufungsgericht hätte den Sachverhalt auch unter dem Gesichtspunkt des § 263 StGB in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB - Betrug zum Nachteil der Gläubiger - prüfen und erörtern müssen. Zu solchen Erörterungen bot der Klagevortrag keinen genügenden Anlaß. Zwar ist nach dem unstreitigen Sach-

verhält davon auszugehen, daß die schon im Gründungsstadium eingegangenen Verbindlichkeiten durch das vorgesehene Anfangskapital objektiv nicht gedeckt waren, wie gerade der vorliegende Rechtsstreit zeigt. Es sind aber keine konkreten Anzeichen dafür vorgetragen, daß der Beklagte schon bei der Aufgabe der Bestellungen an die Klägerin das Fehlschlagen der Gesellschaftsgründung in Betracht gezogen oder zumindest als möglich angesehen und billigend in Kauf genommen habe, daß eine Bezahlung der Lieferanten aus Gesellschaftsmitteln, zu denen außer den Stammeinlageforderungen auch im vertretbaren Rahmen aufgenommene Kredite sowie die erhofften Geschäftsgewinne zu rechnen waren, nicht gelingen werde. Dagegen spricht entscheidend die Tatsache, daß der Beklagte sich bei der Sparkasse Schopfheim für die Gesellschaft verbürgt und damit das Risiko auf sich genommen hat, über die versprochene Einlage hinaus für Gesellschaftsverbindlichkeiten eintreten zu müssen. So verhält sich nach der Lebenserfahrung im allgemeinen kein Gesellschafter, der von vornherein eine Schädigung der Gläubiger im Auge

hat. Daß es hier anders gewesen sei, ist eine bloße Vermutung, die nicht ausreichend durch Tatsachen belegt war und der das Berufungsgericht daher nicht nachzugehen brauchte.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Bundschuh

Dr. Skibbe