

24
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GmbHG § 11 Abs. 2

- a) Wer für eine "GmbH & Co. KG i.G." ein Geschäft abgeschlossen hat, bevor die GmbH und die Kommanditgesellschaft eingetragen worden waren, haftet jedenfalls dann nicht nach § 11 Abs. 2 GmbHG, wenn das Geschäft gegenüber der Kommanditgesellschaft wirksam geworden ist und deshalb auch die eingetragene Komplementär-GmbH nach § 128 HGB haftet.
- b) Die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG greift zugunsten eines Gründungsgesellschafters auch dann nicht ein, wenn er vor der Eintragung der GmbH als Drittgläubiger eine Forderung gegen die Gesellschaft erworben hat. Dasselbe gilt für den Treugeber eines Gründers, der diesen nach innen vertreten und von allen Verbindlichkeiten freihalten soll.

BGH, Urt. v. 17. März 1980 - II ZR 11/79 - OLG Stuttgart
LG Tübingen

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 11/79

URTEIL

Verkündet am
17. März 1980
Kaufmann
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Helmut F [REDACTED], L [REDACTED]straße 30,
R [REDACTED] (R [REDACTED]),

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Peter D [REDACTED], Inhaber der Firma M [REDACTED] Werkzeug-
Apparatebau Peter D [REDACTED], W [REDACTED]straße 9,
A [REDACTED] (A [REDACTED]),

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

24

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 17. März 1980
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes
Stimpel und die Richter Fleck, Dr. Bauer, Bundschuh
und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Stuttgart vom 14. Dezember 1978 wird
auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, ein Ingenieur, projektierte, konstruierte
und verkaufte Schlachthauseinrichtungen. Nachdem er
seinen eigenen Betrieb aufgegeben hatte, überließ er
seit 1977 die Ausführung und Auslieferung anderen Unter-
nehmern, die ihm dafür Provision und Honorar zahlen
sollten. Am 1. Februar 1977 schrieb er dem Beklagten,
der Inhaber der Firma "M. Werkzeug-Apparatebau Peter
D." ist, er erteile den Auftrag, für sechs Betriebe,
darunter die Metzgerei P. und die Firma D.,
sobald wie möglich Rohranlagen zu fertigen und zu mon-
tieren. Unter dem 10. Februar 1977 antwortete der Beklagte,
er könne den Auftrag nicht annehmen; dieser sei, wie be-
sprochen, an die F. GmbH & Co. KG i. G. zu richten,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

an die er ihn weiterleiten werde. Mit demselben Datum übersandte die "F [REDACTED] GmbH & Co. KG i. G." dem Kläger die in ihrem Namen vom Beklagten unterzeichnete Auftragsbestätigung. Die letztgenannten beiden Schreiben will der Kläger nicht erhalten haben. In späteren Briefen bezeichneten beide Parteien die F [REDACTED] GmbH & Co. KG als Auftragnehmerin.

Nach einer am 24. März 1977 von den Parteien, der Ehefrau des Beklagten und der Tochter des Klägers mit notarieller Beglaubigung unterzeichneten "Innenvereinbarung" übertrug der Kläger sämtliche noch unerledigten Aufträge seines bisherigen Einzelunternehmens auf die in Gründung befindliche "F [REDACTED] GmbH & Co. Schlachthaus-Einrichtungen KG", deren persönlich haftende Gesellschafter die "F [REDACTED] GmbH" und deren Kommanditisten die Tochter des Klägers und die Ehefrau des Beklagten sein sollten. Der Kläger verpflichtete sich ferner, sämtliche Aufträge, die er aufgrund eines noch gesondert abzuschließenden Handelsvertretervertrages mit der Kommanditgesellschaft künftig zu besorgen hatte, ausschließlich auf diese Gesellschaft zu übertragen.

Die in der Vereinbarung erwähnte, als Beteiligungsgesellschaft gegründete F [REDACTED] GmbH war aufgrund des Gesellschaftsvertrags vom 3. März 1977 zwischen der Ehefrau des Beklagten und der Tochter des Klägers am 5. Mai 1977 in das Handelsregister eingetragen worden; alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer war der Beklagte. Ein Antrag auf Eintragung der "F [REDACTED] GmbH & Co. Schlachthaus-Einrichtungen KG" wurde zunächst unter dem 9. Mai 1977 abgefaßt; als Geschäftsgegenstand waren

hauptsächlich die Herstellung und der Vertrieb von Schlachthauseinrichtungen "System F" angegeben. Der Antrag trägt die notariell beglaubigten Unterschriften der beiden vorgesehenen Kommanditistinnen, von denen der Kläger die Unterschrift seiner Tochter nicht anerkannt hat. Aufgrund von Meinungsverschiedenheiten wurde dann die Kommanditgesellschaft unter dem 16. Mai 1977 lediglich mit der F GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin und der Ehefrau des Beklagten als Kommanditistin zum Handelsregister angemeldet und dort am 6. Februar 1978 eingetragen.

Der Kläger hat geltend gemacht, er habe mit dem Beklagten verabredet, daß dieser in seinem eigenen Betrieb die im Schreiben vom 1. Februar 1977 genannten Aufträge ausführen und ausliefern solle. Der Beklagte schulde ihm daher für die erledigten Aufträge P und D Honorar und Provision in der vereinbarten Höhe. Hilfsweise hat der Kläger diesen Anspruch für den Fall, daß der Beklagte für die in Gründung befindliche GmbH & Co. KG gehandelt habe, auf § 11 Abs. 2 GmbHG gestützt. Er hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 7.100,79 DM mit Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat erwidert, die vom Kläger angeführte Provisions- und Honorarvereinbarung sei allein mit der F GmbH & Co. KG getroffen worden, die für etwaige Ansprüche aus dieser Vereinbarung aufkommen müsse. Auf § 11 Abs. 2 GmbHG könne sich der Kläger schon deshalb nicht berufen, weil er über seine nur als Treuhänderin vorgeschobene Tochter selbst an der Gründung der Gesellschaft beteiligt gewesen sei.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, die der Beklagte zurückzuweisen beantragt, verfolgt der Kläger seinen Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hält nicht für bewiesen, daß der Beklagte sich persönlich zu den mit der Klage geltend gemachten Leistungen verpflichtet habe. Da der Kläger eine seinem Auftragsschreiben vom 1. Februar 1977 vorausgegangene Vereinbarung nicht einmal konkret vorgetragen habe und dieser Brief sich auch gar nicht auf eine solche Vereinbarung beziehe, entfalle schon deshalb seine Deutung als kaufmännisches Bestätigungsschreiben, das nach der Rechtsprechung durch Schweigen des Empfängers als angenommen gelten könnte. Es handle sich einfach um ein Angebot an den Beklagten zu einem Vertragsabschluß, das der Beklagte jedoch nicht alsbald angenommen habe. Auch später habe der Beklagte die Annahme weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten für sich persönlich erklärt. Nicht er habe die Aufträge des Klägers in seinem eigenen Betrieb ausgeführt, sondern die neu gegründete oder in Gründung befindliche F. [REDACTED] GmbH & Co. KG.

Diese tatrichterliche Würdigung greift die Revision vergeblich an. Zu Unrecht möchte sie mit Rücksicht auf die vom Berufungsgericht zwar bezweifelte, aber nicht abschließend gewürdigte Behauptung des Klägers, er habe weder das ablehnende Schreiben des Beklagten vom 10. Februar 1977 noch die Auftragsbestätigung der "F. [REDACTED] GmbH & Co. KG i. G." vom selben Tag erhalten,

die tatsächliche Durchführung der Aufträge dahin gewertet wissen, der Beklagte habe das Angebot vom 1. Februar 1977 im eigenen Namen stillschweigend angenommen. Sie übersieht hierbei die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Aufträge nach dem gesamten vorliegenden Schriftverkehr von der in Entstehung begriffenen oder schon entstandenen Kommanditgesellschaft und nicht im Betrieb des Beklagten erledigt worden sind.

Infolgedessen kommt auch § 164 BGB nicht zum Zuge. Zwar gehen nach der von der Revision angeführten Rechtsprechung Zweifel darüber, ob jemand ein Vertragsangebot im eigenen oder fremden Namen angenommen hat, zu dessen Lasten (Urt. d. Sen. v. 9. 11. 78 - II ZR 69/77, WM 1979, 146 zu 5; BGH, Urt. v. 27. 1. 75 - III ZR 117/72, LM BGB § 164 Nr. 37). Solche Zweifel konnten hier aber selbst dann nicht auftreten, wenn man die beiden dem Kläger angeblich nicht zugegangenen eindeutigen Erklärungen vom 10. Februar 1977 außer Betracht läßt und erst in der Bearbeitung der Aufträge eine Annahmeerklärung oder auch einen neuen, vom Kläger angenommenen Vertragsantrag sieht. Denn das in der Auftragsbearbeitung liegende schlüssige Verhalten war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts als ein solches der Kommanditgesellschaft erkennbar und ist vom Kläger auch so verstanden worden.

2. Zu der vom Kläger hilfsweise geltend gemachten Haftung des Beklagten aus § 11 Abs. 2 GmbHG führt das Berufungsgericht aus, eine solche Haftung scheide schon deshalb aus, weil der Beklagte nicht für die vor der Eintragung am 5. Mai 1977 noch nicht als juristische

Person entstandene Komplementär-GmbH oder deren Vor-
gesellschaft, sondern für die Kommanditgesellschaft ge-
handelt habe. Eine Haftung der GmbH habe erst durch
deren Entstehung und Eintritt in die Kommanditgesell-
schaft begründet werden können. In einem solchen Fall
sei § 11 Abs. 2 GmbHG unanwendbar. Denn diese Bestimmung
erfordere ein Handeln unmittelbar für die in Gründung
befindliche GmbH und nicht ein Handeln, das sich nur
mittelbar unter der Voraussetzung auf die GmbH auswirken
könne, daß diese in einer Kommanditgesellschaft die Rolle
des Komplementärs übernommen habe.

Ebenso entfalle eine Haftung des Beklagten in ent-
sprechender Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB wegen Handelns
für eine noch nicht existente Kommanditgesellschaft. Denn
unstreitig sei die nunmehr eingetragene Kommanditgesell-
schaft, wie vorgesehen, in das Vertragsverhältnis einge-
treten und daraus verpflichtet. Der Beklagte könne daher
nicht mehr als Vertreter ohne Vertretungsmacht behandelt
werden.

Auch gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision
ohne Erfolg.

a) Unbegründet ist ihre Rüge, das Berufungsgericht
hätte auch die Möglichkeit, daß der Beklagte im Namen der
Komplementär-GmbH gehandelt habe, in seine Überlegungen
einbeziehen müssen. Nachdem das Berufungsgericht zu dem
Ergebnis gekommen war, der Kläger habe sein Hauptvorbringen
über einen Vertragsabschluß mit dem Beklagten selbst nicht
beweisen können, brauchte es nur noch zu der Hilfsbegründung

Stellung zu nehmen, mit der sich der Kläger den Vortrag des Beklagten zu eigen gemacht hatte. Danach ist der Beklagte lediglich für die "GmbH & Co. KG i. G." aufgetreten. Die weitere Möglichkeit, daß er den Vertragsantrag des Klägers im Namen der künftigen GmbH angenommen haben könnte, war von keiner Seite vorgetragen und stand deshalb nicht zur Entscheidung, wie der Kläger in seiner Berufungsbegründung (Bl. 3, 10, 14 ff) ausdrücklich betont hat.

b) Die Ansicht des Berufungsgerichts, § 11 Abs. 2 GmbHG sei auf rechtsgeschäftliche Erklärungen im Namen einer werdenden GmbH & Co. KG weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar, hat beachtliche Gründe für sich. Denn diese - rechtspolitisch ohnehin umstrittene - Vorschrift ist ebenso wie der entsprechende § 41 Abs. 1 AktG auf juristische Personen mit einem garantierten Gründungskapital gemünzt, die erst mit der Eintragung "als solche" ins Leben treten. Das hierdurch begründete besondere Schutzbedürfnis von Personen, denen gegenüber namens der noch nicht eingetragenen GmbH rechtsgeschäftliche Erklärungen abgegeben werden, tritt bei einer schon vor der Eintragung existierenden und voll verpflichtungsfähigen Personengesellschaft, auch wenn sie eine GmbH als Gesellschafterin hat, nicht in gleichem Maße auf, zumal hier der Geschäftsgegner notfalls - wenn es gar nicht zur Entstehung der Gesellschaft kommt oder diese sonstwie nicht wirksam verpflichtet wird - durch § 179 BGB gesichert ist.

c) Ebenso wie in den Urteilen BGHZ 69, 95 (S. 98, 102) und 70, 132 (S. 134, 138 f) braucht der Senat jedoch auch in diesem Fall zur Frage der Anwendbarkeit des § 11 GmbHG bei Geschäftsabschlüssen für eine GmbH & Co. KG vor Eintragung beider Gesellschaften und dem damit zusammenhängenden Problem, ob eine Vor-GmbH Mitglied einer Personengesellschaft sein kann, nicht abschließend Stellung zu nehmen. Wie das Berufungsgericht im Ergebnis richtig erkannt hat, scheidet hier eine Haftung des Beklagten gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG (ebenso wie nach § 179 BGB) schon deswegen aus, weil die F. GmbH & Co. KG zu den Bedingungen des Auftragsschreibens vom 1. Februar 1977 vertraglich verpflichtet worden ist.

Wie der Senat schon in seinen vorgenannten Urteilen (BGHZ 69, 95, 102 ff und 70, 132, 139 ff) ausgeführt hat, trägt er Bedenken gegen die von mehreren anderen Senaten des Bundesgerichtshofes geäußerte Ansicht, daß jedenfalls ein freiwilliger Eintritt der GmbH in eine vor ihrer Eintragung begründete Verbindlichkeit die Haftung des Geschäftsführers aus § 11 Abs. 2 GmbHG nur mit Zustimmung des Gläubigers erlöschen lasse. Denn mit dem Schuldeneintritt der GmbH ist der Hauptzweck dieser Vorschrift, dem Geschäftsgegner einen Schuldner zu geben, erfüllt, so daß es weder notwendig noch überhaupt zu rechtfertigen ist, dem Gläubiger neben der von vornherein als Schuldnerin vorgesehenen Gesellschaft noch einen weiteren Schuldner zu belassen, mit dem er keinen Vertrag abgeschlossen hat und auch gar nicht abschließen wollte (ebenso im Ergebnis jetzt auch Scholz/Winter, GmbHG 6. Aufl. § 11 Anm. 32 m. w.

Diese Bedenken gegen einen Fortbestand der Ersatzhaftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG trotz Verpflichtung des vertragsmäßigen Schuldners verstärken sich noch für den Fall, daß diese Vorschrift auch auf das Handeln für eine in Entstehung begriffene GmbH & Co. KG anzuwenden wäre. Eröffnen die Gründer einer solchen Gesellschaft schon vor der Eintragung einen nicht unter § 1 HGB fallenden Geschäftsbetrieb, so besteht zunächst eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter Träger der namens der GmbH & Co. KG eingegangenen Verbindlichkeiten sind. Mit der Eintragung der Kommanditgesellschaft gehen diese Verbindlichkeiten dann ohne weiteres auf sie über; das für die GmbH geltende Vorbelastungsverbot kommt insoweit nicht zum Zuge (BGHZ 69, 95, 97, 101). Betreiben die Gründer dagegen, wie im vorliegenden Fall, gemeinsam ein Grundhandelsgewerbe (§ 1 Nr. 1 HGB), so entsteht schon vor der Eintragung sogleich eine handelsrechtliche Personengesellschaft, die aus einer in ihrem Namen und mit ihrer Vollmacht oder Genehmigung abgegebenen Vertragserklärung unmittelbar verpflichtet wird, und zwar mit Wirkung auch gegenüber der Komplementär-GmbH, sobald diese im Handelsregister eingetragen und in den Gesellschaftsvertrag eingetreten ist (BGHZ 70, 132, 134, 139). In keinem dieser Fälle ist ein Bedürfnis erkennbar, neben der, wie versprochen, wirksam verpflichteten GmbH & Co. KG auch noch den für sie Handelnden haften zu lassen. § 11 Abs. 2 GmbHG trifft daher nach Wortlaut und Zweck nicht zu.

Mit dieser Auffassung setzt sich der Senat nicht in Widerspruch zu den Urteilen des I. Zivilsenats vom 21. November 1952 (I ZR 174/51, LM GmbHG § 11 Nr. 2)

und des IV. Zivilsenats vom 15. Juni 1955 (IV ZR 304/54, LM GmbHG § 11 Nr. 6; der VIII. Zivilsenat hat schon aus früherem Anlaß mitgeteilt, an seinem Urteil vom 4. 1. 65 - VIII ZR 118/63, LM GmbHG § 11 Nr. 14 hinsichtlich eines Fortbestands der Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG nicht mehr festhalten zu wollen; vgl. BGHZ 70, 132, 141). Denn diese Entscheidungen betrafen nur den - wegen des Vorbelastungsverbots notwendigen - rechtsgeschäftlichen Eintritt der GmbH in eine vor der Eintragung für sie eingegangene, sie nicht schon nach Gesetz oder Satzung treffende Verpflichtung. Hier geht es dagegen um Verbindlichkeiten, die im Namen einer GmbH & Co. KG wirksam begründet worden sind und für die nach § 128 HGB die GmbH seit ihrer Eintragung und der Übernahme der Komplementärstellung kraft Gesetzes haftet. Auf diesen Fall trifft der tragende Gedanke jener Entscheidungen, eine befreiende Schuldübernahme durch rechtsgeschäftliche Erklärung setze nach §§ 414, 415 BGB einen Vertrag mit dem Gläubiger oder dessen Genehmigung voraus, nicht zu.

d) In den Vorinstanzen ist zwar nicht genau geklärt worden, wann die F. GmbH & Co. KG errichtet worden ist und wann sie die Aufträge, für die der Kläger Honorar und Provision fordert, abgewickelt hat. Es steht aber fest, daß sie am 16. Mai 1977 mit dem Bemerken, die Gesellschaft bestehe seit dem 5. Mai 1977, zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden ist, daß die Aufträge schon vorher für ihre Rechnung teilweise in Angriff genommen worden sind (Schr. der "F. GmbH & Co." v. 11. 3. 77 an den F. F. mit Unterscri:

des Klägers; Schrb. des Klägers an die "F [REDACTED] KG" v. 30. 3. 77) und daß sie daran bis über den Zeitpunkt ihrer Eintragung in das Handelsregister hinaus festgehalten hat (BU S. 20). Damit ist ihre Haftung für die Forderung des Klägers in jedem Fall gegeben und eine gleichzeitige Inanspruchnahme des Klägers aus § 11 Abs. 2 GmbHG ausgeschlossen.

3. Überdies scheitert entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts eine Haftung des Beklagten aus § 11 Abs. 2 GmbHG, wie das Landgericht zutreffend angenommen hatte, auch daran, daß diese Haftung gegenüber Gründungsgesellschaftern nicht eingreift (BGHZ 15, 204, 206; Urt. d. Sen. v. 27. 2. 61 - II ZR 253/59, LM GmbHG § 11 Nr. 10 zu II 2; Ulmer in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. § 11 Rdn. 78 m. w. N.). Zwar gehört der Kläger formal nicht zu den Gründungsgesellschaftern der F [REDACTED] GmbH. Wie aber die sogenannte Innenvereinbarung vom 24. März 1977 (zu A, B I) unter Bezugnahme auf einen gesonderten Treuhandvertrag vom 16. März 1977 vermerkt, sollte er seine Tochter in allen gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten nach innen vertreten und von sämtlichen rechtlichen, steuerlichen und vermögensmäßigen Verpflichtungen freihalten; die Erklärung des Klägers, "der Abschluß eines gesonderten Treuhandvertrages" werde "mit Nichtwissen bestritten" (Schriftsatz vom 3. 4. 78 S. 11), war nach § 138 Abs. 4 ZPO unbeachtlich. Die Inanspruchnahme des Beklagten wegen eines Geschäftsabschlusses für die werdende F [REDACTED] GmbH & Co. KG läuft unter diesen Umständen auf den Versuch hinaus, das mit einer Geschäftsaufnahme für diese Gesellschaft verbundene,

vom Kläger intern mitzutragende Haftungsrisiko auf den Geschäftsführer abzuwälzen, obwohl dieser seinerseits von den Gründern Freistellung von diesem Risiko verlangen könnte, soweit er sich im Rahmen seiner Vollmacht gehalten hat (Ulmer, wie zuvor). Deshalb kann auch keine Rede davon sein, daß es, wie die Revision meint, inkonsequent sei, bei einem Sachverhalt, wie er hier vorliegt, einen vor Eintragung beider Gesellschaften für die GmbH & Co. KG handelnden Geschäftsführer haftungsmäßig besser zu stellen als etwa einen Kommanditisten nach § 176 HGB, ganz abgesehen davon, daß diese Bestimmung nur bei Unkenntnis des Gläubigers von der Kommanditisteneigenschaft eingreift.

Stimpel Fleck Dr. Bauer Bundschuh Dr. Skibbe