

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 72/81

URTEIL

Verkündet am

26. Oktober 1981
Kaufmann
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der E [REDACTED]-Markt Discount-Handels GmbH, E [REDACTED]-
straße 52, D [REDACTED], vertreten durch den Notgeschäfts-
führer Diplom-Kaufmann Günther R [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

den Kaufmann Ludwig K [REDACTED], H [REDACTED] 3 b, G [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes
hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1981
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes
Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann
und Brandes

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das
Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Hamm vom 11. Februar 1981 wird
als unzulässig verworfen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden
dem Kaufmann Lothar F., K. weg 19,
D., auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger und Lothar F. sind mit jeweils 50 %
an der verklagten GmbH beteiligt. Die Parteien streiten
darüber, ob der Kläger als Geschäftsführer der Beklagten
wirksam abberufen worden ist.

Nachdem der Kläger am 15. November 1978 schon
einmal abberufen worden war (vgl. den Rechtsstreit
II ZR 71/81), hat die Gesellschafterversammlung der
Beklagten den Kläger durch Beschluß vom 20. Oktober 1979

Entscheidungsgründe

Die Revision ist als unzulässig zu verwerfen, weil sie ohne wirksame Vollmacht der Beklagten eingelegt worden ist und der Kläger dies gerügt hat (§ 88 Abs. 1 ZPO).

1. Gesetzlicher Vertreter der Beklagten ist gegenwärtig der gerichtlich bestellte Notgeschäftsführer Reise. Dies gilt auch für das vorliegende Revisionsverfahren. Zwar bestimmt gemäß § 46 Nr. 8 (2. Halbsatz) GmbHG die Gesellschafterversammlung, wer die Gesellschaft in Prozessen gegen die Geschäftsführer zu vertreten hat.

Die Gesellschafterversammlung der Beklagten hat jedoch offenkundig hiervon keinen Gebrauch gemacht. Die Beschlüsse vom 31. März, 29. April und 11. Juni 1981 enthalten keine dahingehenden Bestimmungen. Darum verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung des § 35 GmbHG. Damit wäre nur der Notgeschäftsführer Reise zur Vertretung der Beklagten in diesem Verfahren berufen.

2. Da dieser eine Prozeßvollmacht an die Revisionsanwälte nicht erteilt hat und sich weigert, den von dem Gesellschafter F. [REDACTED] gegebenen Auftrag zu genehmigen, steht fest, daß der Mangel der Vollmacht nicht behebbar und die Revision daher unzulässig ist.

a) Daß die Gesellschafterversammlung der Beklagten als oberstes Gesellschaftsorgan den Notgeschäftsführer angewiesen hat, die Genehmigung zu erklären, ist ohne Belang. Es ist zwischen der internen Entscheidungszuständigkeit der Gesellschafterversammlung und der

gesetzlichen Vertretung der GmbH nach außen zu unterscheiden. Die Erteilung einer Prozeßvollmacht ist ein Akt der Außenvertretung, die in die ausschließliche Zuständigkeit des Geschäftsführers als des gesetzlichen Vertretungsorgans (§ 37 Abs. 2 GmbHG) oder, wenn ein besonderer Vertreter nach § 46 Nr. 8 GmbHG bestellt ist, in dessen Zuständigkeit fällt. Die Gesellschafterversammlung vertritt die Gesellschaft im Außenverhältnis lediglich bei der Bestellung, Abberufung und Entlastung des Geschäftsführers selbst (§ 46 Nr. 5 GmbHG). Ihre Vertretungsmacht weiter zu erstrecken, verbietet sich jedenfalls in einem Falle, in dem das Gesetz - wie hier - eine anderweite Regelung der Vertretung der Gesellschaft ausdrücklich vorsieht.

Was für die Erteilung der Prozeßvollmacht maßgebend ist, gilt in gleicher Weise für die Genehmigung einer durch einen unzuständigen Vertreter erteilten Vollmacht: Die Genehmigung muß durch dasselbe Organ ausgesprochen werden, das für das Rechtsgeschäft selbst zuständig war, also durch einen anderen Geschäftsführer (Notgeschäftsführer) oder einen Sondervertreter nach § 46 Nr. 8 GmbHG (vgl. Urt. d. Sen. v. 21. 10. 71 - II ZR 90/68, LM RTAG Nr. 1 = WM 1971, 1502 zu B I 1 a).

b) Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß der Gesellschafter F. nach § 6 des Vertrages vom 17. Mai 1976 über die Errichtung einer stillen Gesellschaft zu ihrer Vertretung ermächtigt sei. Es war weder der Sinn dieser Bestimmung noch rechtlich möglich,

in einem solchen Vertrag dem Gesellschafter F. [REDACTED] die volle gesetzliche Stellung eines Geschäftsführers einzuräumen, und, wie der Zusammenhang zeigt, auch nur bezweckt, ihm die Befugnis zur Vertretung des Geschäftsführers in den laufenden Angelegenheiten des Supermarktbetriebes zu ermöglichen. Das ergibt sich schon daraus, daß sich die Bestimmung nur in dem Vertrag über die Errichtung der stillen Gesellschaft, die in gewissem Sinne als "Betriebsgesellschaft" gedacht war, befindet, nicht aber in dem GmbH-Vertrag. Die Vollmacht umfaßt daher nicht die Befugnis, eine Prozeßvollmacht im Verfahren der GmbH gegen den Geschäftsführer zu erteilen.

3. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht der Beklagten, sondern dem für sie als vollmachtslosen Vertreter aufgetretenen Gesellschafter F. [REDACTED] aufzuerlegen. Dies folgt aus dem allgemeinen Rechtsgedanken, daß eine Partei, die den Prozeß (oder das Rechtsmittel) nicht zurechenbar veranlaßt hat, ihn auch nicht zu bezahlen braucht (so BGH, Beschl. v. 4. 12. 74 - VIII ZB 30/74, VersR 1975, 343, 344 m. Nachw.). In Anwendung des Rechtsgedankens von § 179 BGB hat für diese Kosten der vollmachtslose Vertreter einzustehen. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Vorschrift des

§ 89 Abs. 1 Satz 3 ZPO, auf die sich der Kläger bezieht, auch bei fehlender einstweiliger Zulassung entsprechend anwendbar ist.

Stempel Dr. Schulze Fleck Dr. Kellermann Brandes