

Für das Nachschlagewerk !
Nicht für die Amtliche Sammlung !

50
2466 082

1. Gesetz: GmbHG § 11; AktG § 34

Rechtssatz: Aus Rechtshandlungen, die vor der Eintragung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Aktiengesellschaft namens der künftig entstehenden Gesellschaft vorgenommen werden, haftet nicht nur der für die Gesellschaft Auftretende, sondern jeder, der als Geschäftsführer (Vorstandsmitglied) oder Unterzeichner des Gesellschaftsvertrages (Gründer) vorher der Vornahme der Handlung oder, wenn diese im Rahmen des Geschäftsbetriebs liegt, der Eröffnung eines solchen vor der Eintragung zugestimmt hat. Die in RGZ 159, 33 [43] abgedruckte Entscheidung gibt keinen Anlaß, von der in RGZ 55, 301 oder 70, 296 gegebenen Auslegung des Begriffs des Handelnden abzuweichen.

2. Gesetz: BGB § 414

Rechtssatz: Wird ein namens einer noch nicht eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer Aktiengesellschaft begründetes Dauerschuldverhältnis (Krediteröffungsvertrag) von der durch die Eintragung rechtsfähig gewordenen Gesellschaft auf Grund einer Vereinbarung mit dem Vertragspartner fortgesetzt, so wird der nach § 11 Abs 2 (§ 34 Abs 1 S 2 AktG) Haftende von seiner Haftung nicht befreit, wenn sich aus dem Vertrag oder bestimmten Tatsachen ergibt, daß die Entlassung aus dem Schuldverband dem wirklichen Willen der Beteiligten nicht entspricht (Einschränkung des in RGZ 116, 71 aufgestellten Satzes).

Aktenzeichen: IV ZR 304/54

Urteil des BGH vom 15. Juni 1955 OLG Celle

Verkündet
am 15. Juni 1955
Schorm, Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Bankhaus L [REDACTED] & L [REDACTED] Kommanditgesellschaft, vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Bankier Friedrich L [REDACTED] in H [REDACTED], G [REDACTED]
[REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. die Firma Otto W [REDACTED] & Co., Gesellschaft mit beschränkter Haftung, St. A [REDACTED], S [REDACTED]
[REDACTED] vertreten durch den Beklagten zu 2),
2. den Kaufmann und Obergeringenieur Otto W [REDACTED] in H [REDACTED]
S [REDACTED]straße [REDACTED]
3. den Kaufmann Fritz H [REDACTED] in O [REDACTED], i.Fa.
Nikolaus K [REDACTED], Lederwaren,

Beklagte, zu 3: auch Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter des Beklagten zu 3:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1955 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher, Raske, Johannsen und Dr. Kregel

für Recht erkannt:

- 2 -

Das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 27. Oktober 1954 wird aufgehoben. Die Berufung des Beklagten zu 3) gegen das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts in Hannover vom 15. Dezember 1953 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte zu 3) hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

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](#)

Tatbestand:

Am 17. Mai 1949 schlossen die Beklagten zu 2) und 3) einen notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag über die Errichtung der Firma Otto W [REDACTED] & Co., Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Beklagten zu 1). Nach diesem Vertrag sollte der Beklagte zu 2) eine Stammeinlage von 4.000,-- DM, der Beklagte zu 3) eine solche von 36.000,-- DM leisten; in dem Gesellschaftsvertrag wurde erklärt, daß diese Einlagen teils in bar, teils in Sachwerten bereits geleistet seien. Zum alleinigen Geschäftsführer wurde der Beklagte zu 2) bestellt. Die Gesellschaft wurde am 3. Januar 1950 im Handelsregister eingetragen.

Im Sommer 1949, also noch vor der Eintragung der Gesellschaft, erhielt diese von der Sparkasse des Kreises Zellerfeld einen in Raten bis zum 30. April 1950 zurückzuzahlenden Konsortialkredit, an dem sich im Innenverhältnis die Niedersächsische Landesbank beteiligt hatte. Die Bemühungen der Beklagten zu 1), einen Flüchtlingskredit zu erhalten, scheiterten, sie erfolgten ebenfalls in der Zeit vor der Eintragung der Beklagten zu 1) im Handelsregister.

Am 10. Oktober 1949 beantragte der Beklagte zu 2) für die Firma bei dem Land Niedersachsen eine Finanzierungshilfe in Höhe von 25.000,-- DM. Dem Antrag wurde in der Weise stattgegeben, daß das Darlehen über die Klägerin geleitet wurde, die als Kreditgeberin auftrat, ihrerseits aber sich gegenüber dem Lande Niedersachsen verpflichtete, den Kredit an dieses zurückzuzahlen.

Schon vor der Eintragung der Beklagten zu 1) hatte die Klägerin für Rechnung der Gesellschaft Zahlungen im Betrage von 11.044,80 DM geleistet. Nach

deren Eintragung am 4. Januar 1950 wurde der Beklagten zu 1) von der Klägerin ein Kredit über 25.000,-- DM gewährt. Über den Kreditvertrag verhält sich folgendes an die Firma Otto W [REDACTED] & Co gerichtete Schreiben der Klägerin vom gleichen Tag:

"... Wir bestätigen Ihnen hiermit unsere heutige Vereinbarung, nach der wir Ihnen auf Grund unserer allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Kredit in Höhe von

DM 25.000.--

gewähren, nachdem uns das Land Niedersachsen im Rahmen der Liquidationshilfe dafür die erforderlichen Mittel zur Verfügung gestellt hat. Zur Sicherheit dieses Kredites sind uns, wie vereinbart, Maschinen zu übereignen, sowie die Grundschuld abzutreten, die zur Zeit bei der Sparkasse als Sicherheit hinterlegt ist. Ferner sind uns die zur Zeit bestehenden und zukünftigen Forderungen an Ihre Kundschaft zu zedieren. Außerdem bitten wir Sie, da Ihre Firma als GmbH eingetragen ist, uns einen Wechsel zu überreichen, der von Ihren Mitgesellschaftern auszustellen, zu girieren bzw. zu akzeptieren ist. Diesen Wechsel werden wir nur ins Depot nehmen."

In der Folgezeit leistete die Klägerin weitere Zahlungen für Rechnung dieses Kredits. Der Kredit wurde von der Beklagten zu 1) in voller Höhe in Anspruch genommen. Durch Beschluß des Amtsgerichts in Clausthal-Zellerfeld vom 3. Mai 1950 wurde der Antrag der Beklagten zu 1), über ihr Vermögen das Konkursverfahren zu eröffnen, mangels Masse abgelehnt. Am 24. Januar 1952 wurde die Beklagte im Handelsregister dieses Gerichts gelöscht. Die Klägerin ist mit ihrer Forderung größtenteils ausgefallen.

Für die Rückzahlung des gewährten Kredits nimmt die Klägerin die Beklagten zunächst wegen eines Teilbetrages von 10.000,-- DM in Anspruch. Die Beklagten zu 1) und 2) sind durch rechtskräftige Versäumnisurteile zur Zahlung dieses Betrages verurteilt worden.

Zur Begründung der gegen den Beklagten zu 3) erhobenen Forderung, um die es sich in diesem Rechtszug allein handelt, hat die Klägerin geltend gemacht, die Gesellschaft habe bereits vor ihrer Eintragung im Gründungsstadium Kredit in Höhe von 11.044,80 DM erhalten. Für die Rückzahlung dieses Kredits hafte der Beklagte zu 3) als Gesellschafter der Gründungsgesellschaft und außerdem als Handelnder im Sinne des § 11 Abs 2 GmbHG. Ferner hafte er mit seinem gesamten Vermögen für die Gesellschaftsschuld, weil der Wert seiner Einlage den Betrag von 36.000,-- DM nicht erreicht habe. Sie beantragt mit der Klage,

den Beklagten zu 3) als Gesamtschuldner mit den durch Versäumnisurteile vom 21.12.1950, 5. 2. 1951 und 2. 4. 1951 verurteilten Beklagten zu 1) und 2) zu verurteilen, an sie, die Klägerin, 10.000,-- DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. 2. 1950 zu zahlen.

Der Beklagte zu 3) hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er trägt zur Begründung dieses Antrags vor, das unter der Firma der Beklagten zu 1) gegründete Unternehmen sei lediglich als Existenz für den Beklagten zu 2) gedacht gewesen. Er, der Beklagte zu 3), habe sich um die Angelegenheiten der Gesellschaft nicht kümmern können, da er sich damals in Oberkirch/Baden eine Existenz habe aufbauen müssen. Von dem Bestehen der Klägerin habe er keine Ahnung gehabt, er habe auch weder gewußt noch dem zugestimmt, daß der Beklagte zu 2) für die Gesellschaft eine Finanzierungsbeihilfe in Höhe von 25.000,-- DM in Anspruch nehme. Er habe erst im Dezember 1949 erfahren, daß ein Darlehen von 25.000,-- DM bewilligt worden sei. Als Gesellschafter der Gründungsgesellschaft könne er nicht in Anspruch genommen werden, weil der Beklagte

zu 2) nicht namens dieser Gesellschaft gehandelt habe, allenfalls habe er ihn nur mit der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung vertreten können, diese Haftung sei aber entfallen, da das Gesellschaftsvermögen gänzlich verloren sei. Eine unbeschränkte Haftung sei für ihn nicht eingegangen worden. Da er nichts von dem von der Klägerin eingeräumten Kredit gewußt habe, könne er auch nicht auf Grund des § 11 Abs 2 GmbHG in Anspruch genommen werden. Er habe seine Stammeinlage voll eingezahlt, im übrigen könne die Klägerin aus einer etwaigen Nichteinzahlung keine Rechte herleiten. Soweit die Klägerin vor dem 4. Januar 1950 Zahlungen an den Beklagten zu 2) bzw. die Firma geleistet habe, handele es sich nur um einen Überbrückungskredit, der durch den Kreditvertrag vom 4. Januar 1950 erledigt gewesen sei. Aus dem an diesem Tage geschlossenen Vertrag hafte nur die Beklagte zu 1).

Das Landgericht in Hannover hat den Beklagten zu 3) nach dem Antrag der Klage verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten zu 3) hat das Oberlandesgericht das Urteil geändert und die Klage abgewiesen. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die Revision der Klägerin, die die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt. Der Beklagte hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1) Soweit es sich um die Ansprüche der Klägerin aus dem zwischen der Gesellschaft und ihr am 4. Januar 1950 geschlossenen Vertrage handelt, kann der Beklagte zu 3) nicht in Anspruch genommen werden. Zur Zeit des Abschlusses dieses Vertrages war die Beklagte zu

1) bereits im Handelsregister eingetragen; in dem Vertrag wird ausdrücklich auf die Eintragung verwiesen. Alle Rechte der Klägerin aus dieser Vereinbarung richten sich gegen die Beklagte zu 1), die durch die Eintragung bereits zur Entstehung gelangt war (§ 11 Abs 1 GmbHG). Wie sich aus dem Schreiben vom 4. Januar 1950 ergibt, ist dieser Vertrag namens der eingetragenen Gesellschaft abgeschlossen worden. Soweit die Gesellschaft aus ihm verpflichtet ist, haftet nur sie für diese Verbindlichkeiten, nicht aber ihre Gesellschafter (§ 13 aaO). Eine Haftung des Beklagten zu 3) kann daher nur insoweit in Frage kommen, als die Klägerin in Höhe der vor der Eintragung der Gesellschaft geleisteten Zahlungen in der unbestrittenen Höhe von 11.044,80 DM Ansprüche erlangt hat, möge die daraus erwachsende Haftung des Beklagten zu 3) sich aus § 11 Abs 2 aaO ergeben oder möge sie daraus hergeleitet werden, daß der Beklagte Gesellschafter der Gründungsgesellschaft war und der Kredit der Gründungsgesellschaft vor der Eintragung eingeräumt worden ist. Daß zwischen der Errichtung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihrer Eintragung im Handelsregister eine Gründungsgesellschaft besteht, ist in Schrifttum und Rechtsprechung unbestritten, so sehr auch der rechtliche Charakter einer solchen Gründungsgesellschaft umstritten ist (vgl hierzu Fischer in der Anm zu LM Nr 3 zu § 11 GmbHG).

2) Der Berufungsrichter nimmt an, daß die Verhandlungen zwischen der Klägerin und der "Gesellschaft", soweit sie vor der Eintragung derselben liegen, auf Seiten der Gesellschaft von dem Beklagten zu 2), dem in dem Gesellschaftsvertrag bestellten alleinigen Geschäftsführer, geführt worden seien, daß aber der Beklagte zu 2) nicht im Namen der Gründungsgesellschaft,

sondern dem der zunächst nicht eingetragenen, am 3. Januar 1950 existent gewordenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehandelt habe. Zu diesem Ergebnis kommt das Berufungsurteil auf Grund einer Reihe von den Parteien im Rechtsstreit vorgelegter Urkunden, die sich zum Teil auf die Bewilligung der Finanzierungshilfe beziehen, zum Teil Schriftwechsel und Aktenvermerke der Parteien enthalten und in denen allgemein von der Gesellschaft als einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) die Rede ist. Auch den Vertrag vom 4. Januar 1950 zieht der Berufungsrichter in den Kreis seiner Erwägungen, auf die er seinen Schluß stützt, daß nur im Namen der künftigen rechtsfähigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehandelt worden sei.

Hiergegen erhebt die Revision Bedenken. Sie meint, die Gesellschaft sei am 17. Mai 1949 errichtet worden. Bereits im Sommer 1949 habe sie Kredit bei der Kreissparkasse in Z [REDACTED] in Höhe von 20.000,-- DM in Anspruch genommen. Daraus ergebe sich, daß die errichtete Gesellschaft bereits werbend tätig geworden sei, der Beklagte zu 2) habe sich auch um weitere Kredite bemüht. Der Sachvortrag der Parteien zeige, daß die Kredite für den produzierenden Betrieb benötigt worden seien. Die Kredite seien daher im Namen der in Funktion getretenen Gesellschaft aufgenommen worden, die, wie das Berufungsgericht richtig annehme, eine offene Handelsgesellschaft gewesen sei; für deren Verbindlichkeiten hafte aber der Beklagte zu 3) nach § 128 HGB unbeschränkt.

Diese Rügen können der Revision nicht zum Erfolg verhelfen, da die Ansicht des Berufungsgerichts, die Verträge mit der Klägerin seien mit der zukünftigen

Gesellschaft mit beschränkter Haftung abgeschlossen worden, aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden kann. Die Frage, ob in derartigen Fällen, in denen vor der Eintragung einer Kapitalgesellschaft Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, die zur Begründung der Gesellschaft nicht notwendig sind (RGZ 105, 228), Vertragspartner die Gründungsgesellschaft oder die zukünftige Kapitalgesellschaft sei - die gleiche Frage erwächst auch bei der in der Entstehung begriffenen Aktiengesellschaft (§ 34 AktG) - ist im wesentlichen Tatfrage. Es ist rechtlich nicht notwendig, daß auf der Gesellschaftsseite Vertragspartner die Gründergesellschaft sein müsse. Das geltende Recht schließt nicht aus, daß in derartigen Fällen auch im Namen einer erst entstehenden Gesellschaft mit der Maßgabe gehandelt wird, daß erst die zur Entstehung gelangte Kapitalgesellschaft berechtigt und verpflichtet wird. Ein rechtliches Handeln namens einer erst zukünftig entstehenden natürlichen oder juristischen Person ist nach geltendem deutschen Recht möglich. Das ist auch die Rechtsauffassung des Reichsgerichts in einigen hier einschlägigen Entscheidungen (RGZ 55, 302; 70, 296). Auch im Schrifttum ist dies anerkannt, wenn auch die Meinungen darüber auseinander gehen, ob bei solchen Geschäften, falls nicht der wirkliche Wille der Beteiligten irgendwie zum Ausdruck gekommen ist, davon auszugehen ist, daß zur Gründung nicht notwendige, vor der Eintragung für die Gesellschaft vorgenommene Rechtshandlungen namens der künftigen rechtsfähigen Gesellschaft geschlossen worden sind (so Hachenburg-Schilling GmbHG § 11 Anm 4 S 3), oder ob die für die Gesellschaft abgeschlossenen Verträge, wenn im Namen der "Gesellschaft" gehandelt wird, in der Regel dahin auszulegen sind, daß darun-

ter die bestehende Gründungsgesellschaft gemeint sei und daß so die Gründungsgesellschaft Vertragspartei sei, wenn sie auch "für Rechnung" der künftigen Gesellschaft handle (so Scholz GmbHG 3. Aufl § 11 Anm 7). Daneben wird es nicht zu beanstanden sein, daß namens der Gründungsgesellschaft und zugleich namens der künftigen Kapitalgesellschaft gehandelt wird mit der Maßgabe, daß die letztere mit ihrer Entstehung an die Stelle der Gründungsgesellschaft tritt, eine Möglichkeit, die anscheinend RGZ 151, 86 917 im Auge hat. Gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, die zum Ergebnis kommt, es sei namens der künftigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung gehandelt, sind verfahrensrechtliche Rügen nicht erhoben worden, das Ergebnis, zu dem es gelangt, ist daher in diesem Rechtszug nicht angreifbar und den weiteren rechtlichen Erwägungen zugrundezulegen.

3) Die Erwägungen des Berufungsurteils führen daher zu dem Ergebnis, daß der Beklagte zu 3) für etwaige Kredite vor der Eintragung nur nach § 11 Abs 2 GmbHG haftet, wenn er im Sinne dieser Vorschrift für die Gesellschaft gehandelt hat. Der Beklagte zu 3) ist dem auf § 11 Abs 2 GmbHG gestützten Klagebegehren damit entgegengetreten, daß er geltend macht, er habe von der Kreditaufnahme bei der Klägerin durch den zum Geschäftsführer bestellten Beklagten zu 2) nichts gewußt und ihr auch nicht im Vorhinein zugestimmt. Der Berufsrichter ist insoweit dem Vorbringen des Beklagten gefolgt. Er verkennt nicht, daß nach der auf den Entscheidungen des Reichsgerichts in RGZ 55, 302 und 70, 296 beruhenden ständigen Rechtsprechung, als für die Gesellschaft Handelnder nicht nur derjenige anzusehen ist, der nach außen hin Dritten gegenüber als Vertreter auftritt, sondern daß dieser Haftung auch

ausgesetzt ist, wer von dem Handeln des Vertreters vorher Kenntnis erlangt und ihm zugestimmt hat, daß aber nachträgliche Zustimmung und Kenntnisnahme von einer namens der Gesellschaft vorgenommenen Rechts-handlung nicht genüge. Der Berufungsrichter irrt aber, wenn er diese Rechtsprechung des Reichsgerichts dahin versteht, der Zustimmende müsse gerade zu dem in Frage stehenden Geschäft seine vorherige Zustimmung gegeben haben. Das Reichsgericht läßt, wie die den erwähnten Entscheidungen zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen ergeben, es genügen, wenn die Zustimmung des Gesellschafters zu der Eröffnung des Geschäftsbetriebes überhaupt erfolgt ist und die die Haftung auslösende Handlung sich im Rahmen des Geschäftsbetriebes hält. In der Entscheidung RGZ 55, 302 [303] hatte das Berufungsgericht festgestellt, der Beklagte, der Aktien der gegründeten aber noch nicht eingetragenen Gesellschaft, die eine Brauerei betrieb, gezeichnet hatte, habe sich nicht nur damit einverstanden erklärt, daß der für die künftige Aktiengesellschaft handelnde Vertreter die Geschäfte der Brauerei führe, sondern daß er auch damit einverstanden gewesen sei und es genehmigt habe, daß diese Geschäftsführung vor der Eintragung der Gesellschaft begonnen werde. Auf Grund dieses Sachverhaltes hat das Reichsgericht die Haftung des Zustimmenden nach § 200 Abs 2 HGB (jetzt § 34 Abs 2 AktG) bejaht. Auch in dem in RGZ 70, 296 entschiedenen Fall hat das Reichsgericht die Haftung des Gesellschafters auf Grund des § 11 Abs 2 GmbHG deswegen angenommen, weil er damit einverstanden war, daß der Geschäftsbetrieb vor der Eintragung eröffnet wurde. Daß er zu dem besonderen Geschäft, es handelte sich um den Einkauf von Kohlen für den Betrieb, sein vorheriges Einverständnis gegeben habe, ist aus den Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen. Auch bei Hachenburg-

Schilling aaO § 11 Anm 14 S 314 wird ausgeführt, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts in diesem sehr weitgehenden Sinne zu verstehen ist.

Es wird nun allerdings in der Rechtsprechung (OLG Hamburg in GmbH Rdsch 52, 126) und auch im Schrifttum (Baumbach-Nueck AktG § 34 Anm 2 C; derselbe GmbHG § 11 Anm 3 A; Schultze - v.Lasseaux JZ 1952, 392 u.a.) die Meinung vertreten, die Ansicht, daß auch der nur der Eröffnung des Geschäftsbetriebs Zustimmende nach § 11 Abs 2 GmbHG hafte, auch wenn er bei dem die Haftung begründenden Geschäft selbst nicht mitgewirkt habe, könne nicht mehr aufrechterhalten werden. Diese Ansicht beruhe darauf, daß das Reichsgericht der Vorschrift des § 11 Abs 2 und der entsprechenden Bestimmung des § 200 Abs 1 HGB (jetzt § 34 AktG) einen Strafcharakter beigegeben habe. Diesen Standpunkt habe das Reichsgericht in der in RGZ 159, 33 abgedruckten Entscheidung durch die Ausführungen auf Seite 43 aufgegeben. Die weite Auslegung des § 11 Abs 2 aaO, wie sie in den älteren Entscheidungen in RGZ 55, 302 und 70, 296 vorgenommen worden sei, sei daher nicht mehr gerechtfertigt.

Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Es ist zwar richtig, daß das Reichsgericht in RGZ 159, 33 [43] ausgeführt hat, die Vorschrift des § 200 Abs 1 Satz 2 HGB a.F. habe keine rechtspolizeiliche Natur, sie diene vor allem dem Schutz des Vertragsgegners der noch nicht bestehenden Gesellschaft, das Handeln namens einer noch nicht eingetragenen Aktiengesellschaft solle weder unter Strafe gestellt werden noch auch nur verboten werden, denn solches Handeln könne wirtschaftlich durchaus geboten sein und sei vielfach auch kaum zu vermeiden. Das bedeutet aber keine so weitgehende Abweichung von dem in den beiden früheren Entscheidungen eingenommenen

Standpunkt, daß deswegen eine engere Auslegung des Begriffs des für die Gesellschaft Handelnden geboten ist. In RGZ 55, 302 [303] wird zwar ausgeführt, die Bestimmung des § 200 Abs 1 Satz 2 HGB sei getroffen worden, um einerseits den Gegenkontrahenten für solche Fälle nicht rechtlos zu stellen, vielmehr möglichst seine Befriedigung zu sichern, und um andererseits einem solchen Handeln für eine nicht bestehende Gesellschaft entgegenzuwirken. In diesem Zusammenhang wird dann weiter ausgeführt, die Tragweite dieser Bestimmung, die nicht auf der rechtlichen Natur der obwaltenden Verhältnisse beruhe, sondern lediglich positiver Natur sei und "in dem vorangedeuteten Sinne den Charakter einer Strafvorschrift trage", sei im wesentlichen nach dem damit verfolgten Zweck zu bemessen. Daraus ergibt sich, daß auch schon in RGZ 55, 302 und dann in RGZ 70, 296 der Zweck der einschlägigen gesetzlichen Regelung mit dahin bestimmt wird, den Gegenkontrahenten sicherzustellen. Dieser Zweck ist nach RGZ 159, 33 [43] zwar der der Vorschrift hauptsächlich zugrunde liegende, aber auch dort wird noch ausgeführt, die Vorschrift habe zugleich die Nebenwirkung, denjenigen zu besonderer Vorsicht zu mahnen, der namens einer noch nicht eingetragenen Aktiengesellschaft rechtsgeschäftliche Verpflichtungen übernehme. Damit ist zwar den genannten Gesetzesvorschriften der Strafcharakter in dem Sinne genommen, daß durch die Vorschrift Rechtsgeschäfte vor der Eintragung unbedingt verhütet werden sollten, es ist aber trotzdem aufrechterhalten, daß vor solchen Geschäften, wenn sie auch nicht verboten werden sollten, doch gewarnt werden solle und daß deshalb der für die Gesellschaft Handelnde zur besonderen Vorsicht angehalten werden müsse. Ob man das auch als Umstand ansehen will, der der Vorschrift einen gewissen "Strafcharakter" beimißt, ist Sache der Fassung

des in den Worten der reichsgerichtlichen Entscheidung zum Ausdruck gekommenen Meinung. Entscheidend für die Auslegung ist aber, daß in der Rechtsprechung des Reichsgerichts unverändert der Zweck der Sicherung des Vertragspartners ganz im Vordergrund steht. Er rechtfertigt es aber nach wie vor, nicht nur die im Namen der noch nicht eingetragenen Gesellschaft Auftretenden der Haftung des § 11 Abs 2 (§ 34 Abs 1 Satz 2 AktG) zu unterwerfen, sondern auch die, die als "Gründer und Aktienzeichner" ausdrücklich oder stillschweigend ihr Einverständnis zu dem Handeln der für die nicht eingetragene Gesellschaft Auftretenden gegeben haben (RGZ 70, 296 [3017]) und damit die "Triebfedern" des Handelns sind.

Läßt man aber ein solches Einverständnis zu der Eröffnung des Geschäftsbetriebes genügen und liegt die von dem Vertreter der Gesellschaft vorgenommene Handlung im Rahmen des üblichen Geschäftsverkehrs der Gesellschaft, dann ist die Haftung des Beklagten zu 3) zu bejahen. Der Beklagte zu 3) hat hinsichtlich der Gesellschaft ohne Zweifel eine dem Gründereiner Aktiengesellschaft entsprechende Stellung. Er hat 9/10 des Stammkapitals übernommen und sich damit eine gegenüber seinem Mitgesellschafter für den gesamten Geschäftsbetrieb überragende Stellung geschaffen. Dieses Übergewicht an gesellschaftlicher Macht läßt ihn als die eigentliche "Triebfeder" des Unternehmens erscheinen. Er hat auch zur Eröffnung des Geschäftsbetriebs vor der Eintragung sein Einverständnis erklärt. In § 12 des Gesellschaftsvertrages vom 17. Mai 1949, auf den im Tatbestand des Berufungsurteils Bezug genommen ist, wird festgestellt, daß die Gesellschaft ihre Tätigkeit bereits vor der Errichtung der Gesellschaft begonnen

habe und daß das erste Geschäftsjahr daher vom 24. März bis zum 31. Dezember 1949 laufe. Da der Beklagte zu 3) den Vertrag unterzeichnet hat, hat er damit seine Genehmigung gegeben, daß vor der Eintragung der Gesellschaft die Geschäfte in dem Umfang aufgenommen würden, in dem die durch Eintragung zur Entstehung gelangende Gesellschaft Geschäfte betreiben solle. Daß die Aufnahme von Kredit zu dem Betriebe eines Handelsunternehmens gehört, wie es unter der Firma der Gesellschaft betrieben wurde, kann füglich nicht bestritten werden, wenn man auch § 9 Ziff 1 des Vertrages heranzieht, wonach es zur Aufnahme von Krediten von mehr als 6.000,-- DM der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfe. Wäre die Gesellschaft bereits zur Zeit eingetragen gewesen, als der Kredit von 11.044,80 DM aufgenommen wurde, - daß es sich dabei um eine Kreditaufnahme und nicht nur um Leistungen der Klägerin im Hinblick auf einen erst noch abzuschließenden Kreditvertrag handele, kann für den Zweck der hier anzustellenden Erwägungen unterstellt werden - dann würde die Gesellschaft aus dem Kredit verpflichtet gewesen sein, auch wenn die in § 9 Ziff 1 vorgesehene Genehmigung der Versammlung der Gesellschafter nicht eingeholt worden wäre. Das ist in § 37 Abs 2 Satz 1 GmbHG ausdrücklich bestimmt. Wer damit einverstanden ist, daß die Gesellschaft schon vor der Eintragung ins Leben tritt und sich am Geschäftsverkehr beteiligt, muß für alle Rechtshandlungen einstehen, aus denen die Gesellschaft haften würde, wenn sie schon eingetragen gewesen wäre.

4) Dieser Rechtsirrtum des Berufungsrichters muß zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen, weil auch der von ihm angestellten Hilferwägung nicht zuzustimmen ist, durch den Vertrag vom 4. Januar 1950

sei die Verpflichtung des Beklagten zu 3) von der Gesellschaft, die inzwischen zur Entstehung gelangt war, mit der Wirkung übernommen worden, daß der Beklagte von seiner Haftung befreit werde. Der Berufungsrichter legt die Vereinbarung zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1) vom 4. Januar 1950 dahin aus, das Schreiben vom 4. Januar 1950 zeige, daß die Klägerin die Gesellschaft als einzige Schuldnerin habe annehmen wollen. Der vorliegende Sachverhalt, nicht zuletzt auch die genannte Vereinbarung ergebe, daß die Finanzierungshilfe - gemeint ist der von der Klägerin auf Grund der Beihilfe eingeräumte Kredit - eine Schuld ausschließlich der GmbH sein solle, zumal da die Vorteile des Kredits lediglich der GmbH zugute kämen. Unter Berücksichtigung von Treu und Glauben führe das dazu, daß auch die Verpflichtungen des Beklagten zu 3) aus § 11 Abs 2 GmbHG von der GmbH in privativer Schuldübernahme übernommen worden seien, zumal da der Beklagte zu 3) selbst, wenn man ihn als Handelnden ansehen wolle, nur ganz wenig in Erscheinung getreten sei. Es sei daher billig und der Natur der hier in Rede stehenden Rechtsbeziehungen gemäß, wenn nach Abschluß des Vertrages der Beklagte zu 3) aus der Haftung ausscheide.

Das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht in diesem Punkte gelangt, kann nicht gebilligt werden.

Das Reichsgericht hat in einer in RGZ 72, 401 abgedruckten Entscheidung ausgesprochen, daß die persönliche Haftung des für die nicht im Handelsregister eingetragene GmbH Handelnden nicht ohne weiteres ende, wenn die inzwischen eingetragene GmbH das in ihrem Namen abgeschlossene Geschäft genehmige. Dem ist der Bundesgerichtshof in dem Urteil vom 21. November 1952

(LMI Nr 2 zu § 11 GmbHG) gefolgt. Wie in diesem Urteil des Bundesgerichtshofs unter Hinweis auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 116, 72 ausgeführt wird, ist § 11 Abs 2 aaO nicht zwingender Natur, die Haftung des Handelnden kann durch eine Vereinbarung der Beteiligten nicht nur ausgeschlossen, sondern auch beendet werden. Wie das Reichsgericht in der letztgenannten Entscheidung für einen Fall aus dem Aktienrecht ausgesprochen hat - für die GmbH kann nichts anderes gelten -, entspricht es bei Dauerschuldverhältnissen dem nach der Verkehrsanschauung mutmaßlichen Willen der Parteien, die Handelnden aus der persönlichen Haftung zu entlassen. Zu solchen Dauerschuldverhältnissen gehören auch diejenigen aus einem Krediteröffnungsvertrag, wenn über den Kredit durch Ziehung von Schecks allmählich verfügt werden soll. Der Entscheidung RGZ 116, 72 lag ein solcher Krediteröffnungsvertrag zugrunde, wie er auch im vorliegenden Fall gegeben ist. Wenn auch dem Standpunkt des Reichsgerichts, wie er in dieser Entscheidung niedergelegt ist, aus den von ihm angeführten Gründen in vielen Fällen beizutreten sein mag, so wird durch diese Entscheidung doch nicht ausgeschlossen, daß etwas Abweichendes gelten muß, wenn sich aus dem mit der entstandenen Gesellschaft abgeschlossenen Vertrag oder aus den Umständen ein gegenteiliger Wille der Vertragsparteien ergibt. Hier sind aber besondere Umstände ersichtlich, die die Vermutung für den Willen der Parteien, den Beklagten zu 3) aus der Haftung nach § 11 Abs 2 GmbHG zu entlassen, entkräften. Hier hat die Klägerin aus Anlaß des Vertragsabschlusses am 4. Januar 1950 deutlich zu erkennen gegeben,

daß ihr die Haftung der Beklagten zu 1) für den teils bereits gewährten teils noch einzuräumenden Kredit nicht genüge. Sie hat deshalb außer anderen Sicherheiten verlangt, daß die Gesellschafter als zusätzliche Sicherheit einen für sie ausgestellten Wechsel akzeptieren bzw. girieren sollten. Daraus ist aber eindeutig zu entnehmen, daß diese auch nicht aus der bereits bestehenden Haftung entlassen werden sollten; in jedem Falle hätte ein solcher Wille ausdrücklich oder doch deutlicher ausgesprochen werden müssen. Im Hinblick auf diese besonderen Umstände des vorliegenden Falles kann auf einen "nach der Verkehrsübung zu vermutenden Parteiwillen" nicht zurückgegriffen werden. Dadurch, daß der Berufungsrichter diesen offen zu Tage liegenden Inhalt des Schreibens der Klägerin bei der Auslegung desselben nicht berücksichtigt hat, ist § 133 BGB verletzt. Der erkennende Senat war dabei nicht genötigt, die Sache zum Zwecke erneuter Auslegung an den Tatsachenrichter zurückzuverweisen, sondern befugt, das Schreiben selbst auszulegen (Urteil vom 24. November 1951 - II ZR 51/51 - LM Nr 2 zu § 133 A).

Aus diesen Gründen mußte auf die Revision der Klägerin das Berufungsurteil aufgehoben und das landgerichtliche Urteil wiederhergestellt werden. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Schmidt Ascher Raske Johannsen Kregel