

Kapitallücke zurückzuführen ist, ob das Stammkapital durch Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft wertmäßig geschmälerter oder ob es, weil von den Gesellschaftern schon vor Eintragung freiwillig aufgebracht, bis dahin verbraucht ist. Damit ist der Grund entfallen, der es rechtfertigte, die vor Eintragung der GmbH auf die Stammeinlage freiwillig geleisteten Zahlungen anders zu behandeln, als die, zu der die Gesellschafter nach § 7 Abs. 2 GmbHG verpflichtet waren (ähnlich *Meister*, FS für Werner, S. 521, 531; *Scholz/Winter*, GmbHG 7. Aufl. § 7 Rdnr. 37; wohl auch *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG 7. II. Aufl. § 7 Rdnr. 42). Hinzu kommt, daß es auch sachlich nicht gerechtfertigt ist, den Gesellschafter, der im Gründungsstadium freiwillig eine Mehrleistung erbracht hat, anders zu behandeln als Gesellschafter, die erst die Mindesteinlage eingezahlt haben und gegen die wegen des Restes die spätere GmbH in ihren Bilanzen Einlageforderungen als Aktivvermögen ausweist. Sobald sich mit der Eintragung ins Handelsregister die Vor-GmbH in die GmbH als juristische Person umwandelt, gehen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge alle Aktiven und Passiven auf sie mit der Folge über, daß Gesellschafterleistungen, die in das Vermögen der Vor-GmbH erfolgt sind, sich regelmäßig auch im Vermögen der GmbH erhöhend auswirken; sei es auch nur, daß eine etwa bestehende Unterbilanz oder Überschuldung niedriger ausfällt, als sie ohne die Leistung ausgefallen wäre. Müßte der Gesellschafter, der freiwillig vorgeleistet hat, diese Leistung der eingetragenen GmbH nochmals erbringen, würde er insoweit einen Teil der Unterbilanz, die infolge seiner Vorleistung schon niedriger ausgefallen ist und für deren Rest alle Gesellschafter anteilig aufzukommen hätten, allein ausgleichen, also seinen Mitgesellschaftern in diesem Umfang die anteilige Haftung abnehmen und damit mehr zahlen als sie. Diese Ungleichbehandlung wird vermieden, wenn der Verbrauch des Vermögens ebenso wie dessen Belastung mit Verbindlichkeiten durch eine im Zeitpunkt der Eintragung einsetzende Unterbilanzhaftung ausgeglichen wird.

Für den vorliegenden Fall folgt daraus, daß die GmbH, als sie entstand, keine Forderungen auf Zahlung der Einlage gegen die Beklagten hatte, sondern — wie vom Berufungsgericht unterstellt — Ansprüche auf Ausgleich einer Unterbilanz.

2. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist dieser Anspruch, falls er besteht, verjährt. Das Berufungsgericht wendet auf die Unterbilanzhaftung § 9 Abs. 2 GmbHG entsprechend an, wonach die Nachzahlungspflicht bei einer Sachgründung in fünf Jahren seit Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister verjährt. Eingetragen wurde die GmbH am 4. August 1981; die Klägerin reichte die Klage erst am 31. März 1987 und damit nach Ablauf der Frist beim Landgericht ein. Die Revision vertritt demgegenüber den Standpunkt, daß die Unterbilanzhaftung — ähnlich wie der Anspruch auf Zahlung der Stammeinlage — erst in dreißig Jahren verjähre. Der Senat teilt die Ansicht des Berufungsgerichts.

a) Die Revision verkennt, daß sich Ansprüche auf Ausgleich einer Unterbilanz und auf Zahlung der Einlage insofern wesentlich unterscheiden, als sich die auf das Stammkapital zu leistende Einlage nach Grund und Höhe ohne weiteres aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) und auf diese Weise die vom Gesellschafter übernommene Verpflichtung noch nach Jahrzehnten in einem Rechtsstreit leicht bewiesen und somit durchgesetzt werden kann. Für die Ansprüche aus der Unterbilanzhaftung trifft das nicht zu, diese gleichen in diesem Punkt weit mehr

dem Anspruch auf Ausgleich der Differenz bei der Sachgründung. Die vom Gesetzgeber für diesen Anspruch im § 9 Abs. 2 GmbHG bestimmte fünfjährige Verjährungsfrist beruht auf dem Gedanken, daß die ohnehin nicht einfache Bewertung einer Sacheinlage mit Zeitablauf noch schwieriger wird und daß erfahrungsgemäß nach fünf Jahren Klarheit besteht, ob sich zum Nachteil der Gläubiger ausgewirkt hat, daß die Sacheinlage überbewertet wurde. Diese vom Gesetzgeber zum Anlaß einer Verjährungsregelung genommenen Schwierigkeiten bestehen gleichermaßen, wenn es um die Frage geht, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang im Zeitpunkt der Eintragung eine Unterbilanz vorhanden war. Ist es vielfach schon nicht leicht, die in der Vorbelastungsbilanz auszuweisenden Vermögensgegenstände zu bewerten, wenn die Bilanz unmittelbar nach Eintragung der GmbH aufgestellt wird, so wird die Beweisführung mit zunehmendem zeitlichen Abstand immer schwieriger, wenn der Geschäftsführer entweder versäumt hat, eine Bilanz aufzustellen, oder wenn um die Höhe der Bilanzansätze einer aufgestellten Bilanz gestritten wird. Entsprechend der gesetzlichen Wertung ist es deshalb geboten, diesen Anspruch in derselben Frist verjähren zu lassen wie die Differenzhaftung bei der Sacheinlage (ebenso *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG 7. II. Aufl. § 11 Rdnr. 91; *Scholz/Karsten Schmidt*, GmbHG 7. Aufl. § 11 Rdnr. 131; *Baumbach/Hueck*, GmbHG 15. Aufl. § 11 Rdnr. 59; *Fischer/Lutter/Hommelhoff*, GmbHG 12. Aufl. § 11 Rdnr. 9; *Roth*, GmbHG 2. Aufl. § 11 Anm. 2.3.2; *Priester*, ZIP 1982, 1141, 1143; *Fleck*, GmbHR 1983, 5, 13). Wenn die Revision demgegenüber darauf abstellt, daß sich die Unterbilanzhaftung und die Differenzhaftung nach § 9 GmbHG rechtlich nicht nur in den Voraussetzungen (Wert der Sacheinlage einerseits, des Gesellschaftsvermögens andererseits; Stichtag der Anmeldung einerseits, der Eintragung andererseits), sondern auch in den Rechtsfolgen (Haftung des Sacheinlegers, anteilige Haftung aller) unterschieden, so übersieht sie, daß keiner dieser unterschiedlichen Gesichtspunkte den gesetzgeberischen Grund für die Verjährungsregelung abgegeben hat.

b) Die Revision ist auch zu Unrecht der Meinung, die Gesellschafter handeln treuwidrig, wenn sie sich auf Verjährung beriefen, obwohl sie den Anspruch der GmbH nicht in die nach deren Eintragung aufzustellenden Erfolgsbilanzen aufgenommen und ihn durch deren Feststellung zugleich in einer die Verjährung unterbrechenden Weise Jahr für Jahr anerkannt hätten (vgl. hierzu *Schulze-Osterloh*, FS für Goedeler, S. 531, 547). Die GmbH bedurfte dieses Anerkenntnisses nicht. Ihr Geschäftsführer hatte fünf Jahre Zeit, den Anspruch geltend zu machen. Ließ er die Frist ungenutzt verstreichen, ohne daß die Gesellschafter zu erkennen gaben, den Anspruch nur in der Sache bekämpfen zu wollen, so handeln diese nicht treuwidrig, wenn sie sich auf Verjährung berufen (vgl. BGHZ 71, 86, 96). Die Klägerin hat als Pfändungspfandgläubigerin nicht mehr Rechte als die GmbH.

17. BGB § 184; GmbHG § 51 Abs. 3 (Vollversammlung einer 2-Personen-GmbH auch bei Beschußfassung durch einen Gesellschafter als vollmachtlosen Vertreter für den Mitgesellschafter)

Bei einer Zwei-Personen-Gesellschaft kann ein Gesellschafter auch als vollmachtloser Vertreter des anderen handeln und eine Vollversammlung abhalten, wenn der Vertretene das Handeln des Mitgesellschafters genehmigt.

BayObLG, Beschuß vom 8.12.1988 — BReg. 3 Z 138/88 — mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

#### *Aus dem Tatbestand:*

1. An der seit dem Jahre 1977 im Handelsregister eingetragenen Firma H. GmbH sind als Gesellschafter A. mit einer Stammeinlage von 48.000,— DM und B. mit einer Stammeinlage von 12.000,— DM beteiligt.

Nach § 6 Nr. 1 lit. e der Satzung bedürfen die Geschäftsführer im Innenverhältnis der Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen für die Genehmigung der Jahresbilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung sowie für die Verteilung von Gewinn und Verlust.

2. Am 2.12.1987 beurkundete Notar N. eine Gesellschafterversammlung, welche von dem Gesellschafter A. zugleich als vollmachtloser Vertreter der Mitgesellschafterin B. unter Verzicht auf alle durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Formen und Fristen abgehalten worden ist. Es wurde der Beschuß beurkundet, daß der Sitz der Gesellschaft verlegt und § 1 des Gesellschaftsvertrages entsprechend abgeändert wird.

Diese Satzungsänderung meldete die beteiligte Geschäftsführerin am 9.12.1987 zur Eintragung in das Handelsregister an.

Am 16.12.1987 wurde die Genehmigungserklärung der Gesellschafterin B. vom 14.12.1987 eingereicht.

3. Am 27.4.1988 beurkundete der Notar eine weitere Gesellschafterversammlung, die von dem Gesellschafter A. als vollmachtloser Vertreter wiederum zugleich für die Gesellschafterin B. unter Verzicht auf alle durch Gesetz und Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen Formen und Fristen abgehalten worden ist. Es wurde u. a. folgender Beschuß über die Gewinnverwendung (§ 17 der Satzung) beurkundet: „Die Gesellschafterversammlung beschließt nach freiem Ermessen über die Verwendung des Jahresergebnisses; sie kann die Ausschüttung ganz oder teilweise untersagen; sie hat auch Beschlüsse über die Fälligkeit zu fassen.“

Die beteiligte Geschäftsführerin meldete am 29.4.1988 diese Satzungsänderung zur Eintragung im Handelsregister an.

4. Mit Zwischenverfügung beanstandete der Registerrichter die Anmeldung vom 9.12.1987. Nach den Übergangsvorschriften in Art. 11 Abs. 2 des Bilanzrichtliniengesetzes (= BiRILIG) vom 19.12.1985 seien Änderungen des Gesellschaftsvertrages nur dann in das Handelsregister einzutragen, wenn zugleich eine Änderung des Gesellschaftsvertrages eingetragen werde, durch welche eine entsprechende Regelung über die Gewinnverwendung aufgenommen werde.

Mit Beschuß vom 17.3.1988 wies das Registergericht die Anmeldung zurück, weil den Anforderungen der Zwischenverfügung nicht genügt worden sei.

5. Gegen den Beschuß legte die Gesellschaft Beschwerde ein, welcher der Registerrichter nicht abholt.

Das Landgericht wies am 8.9.1988 die Beschwerde als unbegründet zurück. Die Nachtragsanmeldung, welche inhaltlich die Registersperre behebe, brauche nicht berücksichtigt zu werden, weil diese mangels Genehmigung durch die Mitgesellschafterin unwirksam sei. Ob der Gesellschafterbeschuß mangels ordnungsgemäßer Einberufung überhaupt genehmigungsfähig sei, sei zweifelhaft. Es bestehe jedenfalls die Registersperre fort, so daß die Eintragung zu Recht versagt worden sei.

6. Gegen die landgerichtliche Entscheidung wendet sich die von der Verfahrensbevollmächtigten eingelegte weitere Beschwerde.

#### *Aus den Gründen:*

1. a) ...

b) Die weitere, an keine Frist gebundene Beschwerde der Gesellschaft (BGH Beschuß vom 24.10.1988 — II ZB 7/88 — zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt [= MittBayNot 1989, 33 - Ls. - = DNotZ 1989, 102 mit Anm. Baums]) ist statthaft und in rechter Form eingelegt (§§ 27, 29 FGG).

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 27 FGG, § 550 ZPO) nicht stand. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist das Register für die Eintragung des satzungsändernden Beschlusses über die Verlegung des Gesellschaftssitzes nicht gesperrt.

a) Nach § 29 Abs. 1 GmbHG a. F. bestand hinsichtlich des Gewinns (jetzt: Jahresüberschuß oder Bilanzgewinn, § 29 Abs. 1 GmbHG n. F.) das sog. Vollausschüttungsprinzip; die Gesellschafter haben danach einen Anspruch auf vollständige Ausschüttung der erzielten Gewinne; es dürfen also keine Gewinnanteile in freie Rücklagen eingestellt oder ein Gewinnvortrag gebildet werden (vgl. BayObLGZ 1987, 314/317 [= MittBayNot 1988, 44 = DNotZ 1988, 252]). Durch das BiRILIG ist u. a. § 29 GmbHG dahin geändert worden, daß das Vollausschüttungsgebot durch das Mehrheitsprinzip ersetzt worden ist; sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, steht das Gewinnbezugsrecht zur Disposition der Gesellschaftermehrheit, wie sich aus § 29 Abs. 2 GmbHG n. F. ergibt (vgl. BayObLG aaO).

Für sog. Altgesellschaften, d. h. solche, die am Tag des Inkrafttretens des BiRILIG am 1.1.1986 im Handelsregister eingetragen waren, sind Anpassungsregelungen erlassen worden. Durch Art. 11 Abs. 2 BiRILIG (BGBl. 1985 I 2432) ist in Art. 12 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften — GmbHGÄndG — vom 4.7.1980 (BGBl. I 836) ein mit „Gewinnverwendung“ überschriebener § 7 eingefügt worden (nachfolgend: § 7 GmbHGÄndG). Danach haben die Gesellschafter Anspruch auf den Jahresüberschuß zuzüglich eines Gewinnvortrags und abzüglich eines Verlustvortrags, soweit dieser Betrag nicht nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag von der Verteilung unter die Gesellschafter ausgeschlossen ist (§ 7 Abs. 1 Satz 1 GmbHGÄndG). Haben Gesellschafter nach § 7 Abs. 1 GmbHGÄndG ganz oder teilweise Anspruch auf den Jahresüberschuß oder Bilanzgewinn, so sind Änderungen des Gesellschaftsvertrages nur dann in das Handelsregister einzutragen, wenn zugleich eine Änderung des Gesellschaftsvertrages eingetragen wird, durch die dieser Anspruch, die gesetzliche Regelung des § 29 Abs. 2 GmbHG n. F. oder eine davon abweichende Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHGÄndG). Bis dahin besteht also eine sog. Registersperre.

b) Für die hier in Betracht kommende Altgesellschaft ist das Handelsregister nicht nach § 7 Abs. 2 GmbHGÄndG gesperrt.

Die Registersperre greift nur dann ein, wenn und soweit die Satzung die Gewinnverwendung nicht regelt und die Gesellschafter daher den nach § 7 Abs. 1 GmbHGÄndG fortgelgenden Anspruch auf Vollausschüttung entsprechend der Regelung in § 29 Abs. 1 GmbHG a. F. haben (BGH ZIP 1988, 1455 = WPM 1988, 1726 [= MittBayNot 1989, 33]).

Hier haben die Gesellschafter nach der bereits vor dem 1.1.1986 geltenden Satzung keinen Anspruch auf den Gewinn. Über die Verteilung von Gewinn und Verlust entscheiden vielmehr zunächst der oder die Geschäftsführer. Sie bedürfen dann aber der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, die mit einfacher Mehrheit erteilt werden kann. Die Zustimmung kann auch ohne Abhaltung einer Gesellschafterversammlung im schriftlichen Verfahren eingeholt werden. Aus dieser Satzungsregelung folgt, daß die Geschäftsführung mit Zustimmung der einfachen Mehrheit der Gesellschafter über die Gewinnverwendung frei beschließen kann. Bei dieser Regelung kann kein Gesellschafter mit Erfolg gegenüber der Gesellschaft geltend machen, er habe einen Anspruch auf Gewinn. Eine solche Satzungsbestimmung hat nicht gegen § 29 Abs. 1 GmbHG a. F. verstößen, weil dieser ausdrücklich dem Satzungsgeber einer GmbH er-

laubte, das gesetzliche Gewinnbezugsrecht auszuschließen (vgl. BayObLGZ 1987, 314/318/321).

c) Der Eintragung der Sitzverlegung stand nach alledem eine Registersperre nicht entgegen.

d) Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts mußte somit aufgehoben werden. Sie läßt sich auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten.

Die Gesellschafterversammlungen vom 2.12.1987 und vom 27.4.1988 sind durch das Alleinhandeln des Gesellschafters A. zustandegekommen. Hinsichtlich der Versammlung vom 27.4.1988 hat das Landgericht gemeint, diese Versammlung sei möglicherweise einer Genehmigung durch die Mitgesellschafterin B. nicht zugänglich. Diese Bedenken des Landgerichts teilt der Senat hinsichtlich der Gesellschafterversammlung vom 2.12.1987, in welcher die Satzungsänderung über die Sitzverlegung beschlossen worden ist, nicht.

(1) Entgegen § 13 Abs. 2 Satz 1 und 2 der Satzung ist zu dieser Gesellschafterversammlung nicht mittels eingeschriebenen Briefes mit einer Ladungsfrist von zwei Wochen unter Angabe des Tagungsortes, der Tagungszeit und der Tagesordnung eingeladen worden (vgl. auch § 45 Abs. 2, § 51 Abs. 1 GmbHG). Die Versammlung ist somit nicht ordnungsgemäß einberufen worden, da auch die erleichterte Form der Einberufung nach § 13 Abs. 2 Satz 5 der Satzung ersichtlich nicht eingehalten worden ist. In dem Versammlungsprotokoll ist nämlich ausdrücklich festgehalten worden, die Versammlung finde unter Verzicht auf alle durch den Gesellschaftsvertrag und durch das Gesetz vorgeschriebenen Formen und Fristen statt.

(2) In einer nicht ordnungsgemäß einberufenen Versammlung können gleichwohl gültige Beschlüsse gefaßt werden, wenn es sich um eine sog. Vollversammlung (auch Universalversammlung genannt) aller Gesellschafter handelt (§ 51 Abs. 3 GmbHG; vgl. RG JW 1934, 976) und die Satzung nichts Gegenteiliges bestimmt (vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG). Die Satzung sieht hier zwar in § 13 Abs. 2 Satz 5 vor, daß eine formlose Ladung der Gesellschafter ohne Beachtung einer Ladungsfrist möglich ist, wenn alle Gesellschafter eingeladen werden können, wenn sie in der Lage sind, fristgerecht an der Versammlung teilzunehmen und wenn sich dann in der Versammlung kein Gesellschafter dieser formlosen kurzfristigen Ladung widersetzt. Dadurch sollte jedoch die gesetzlich zulässige Universalversammlung nicht ausgeschlossen werden. Durch die angeführte Satzungsregelung sollten nur die Einberufungsformalitäten erleichtert werden, wie dies bei Gesellschaften mit einer geringen Zahl von Gesellschaftern üblich und auch zweckmäßig ist.

(3) Die Versammlung vom 2.12.1987 ist eine Vollversammlung gewesen. In einer solchen müssen nicht alle Gesellschafter persönlich anwesend sein. Eine Universalversammlung kann auch dadurch zustandekommen, daß anwesende Gesellschafter Stimmrechtsvollmachten der abwesenden, teilnahmeberechtigten Gesellschafter haben (Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG 15. Aufl. Rdnr. 25, Fischer/Lutter/Hommelhoff GmbHG 12. Aufl. Rdnr. 14, Hachenburg/Schilling GmbHG 7. Aufl. Rdnr. 9, Meyer-Landrut/Miller/Niehus GmbHG Rdnr. 11, je zu § 51; Vogel Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung 2. Aufl. S. 209).

Die Satzung (§ 14 Abs. 6) läßt es hier ausdrücklich zu, daß sich ein Gesellschafter durch einen anderen in der Gesellschafterversammlung vertreten lassen kann (ebenso: § 47 Abs. 3 GmbHG). Die Vertretung durch einen Mitgesellschaf-

ter verstößt nicht gegen § 181 BGB, weil die Stimme nicht gegenüber den Mitgesellschaftern, sondern der Gesellschaft gegenüber abgegeben wird; die Vertretung wird durch § 181 BGB somit auch nicht bei einer Satzungsänderung verhindert (BGHZ 52, 316; Baumbach/Hueck/Zöllner Rdnr. 33, Roth GmbHG 2. Aufl. Anm. 4.2.5, je zu § 47; a. A. Hachenburg/Schilling § 47 Rdnr. 39 ff.).

(4) Auch im Falle der Vertretung ohne Vertretungsmacht kann eine Vollversammlung gebildet werden.

Dem Vertreter ist nach § 14 Abs. 6 der Satzung eine schriftliche Vollmacht zu erteilen. In der Versammlung vom 2.12.1987 hatte der Gesellschafter A. keine schriftliche Vollmacht der Mitgesellschafterin B. In dem Versammlungsprotokoll ist ausdrücklich vermerkt worden, der anwesende Gesellschafter handle als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Mitgesellschafterin.

In der Literatur wird — zum Teil unter Berufung auf BGHZ 49, 183/194 — die Auffassung vertreten, die Vorlage der schriftlichen Vollmacht sei Wirksamkeitsvoraussetzung für eine ordnungsgemäß Beschlußfassung (Baumbach/Hueck/Zöllner Rdnr. 37, Meyer-Landrut/Miller/Niehus Rdnr. 27, mit Einschr. auch Roth Anm. 4.2.3, je zu § 47). Es wird aber auch die Ansicht vertreten, die schriftliche Vollmacht sei lediglich Legitimationsmittel (Scholz/Karsten Schmidt GmbHG 7. Aufl. Rdnr. 77 und 81, Roweder/Koppensteiner GmbHG Rdnr. 42, je zu § 47). Der BGH aaO hat in einer die Gesellschafterversammlung einer GmbH betreffenden Entscheidung ausgeführt, einer schriftlichen Vollmacht und ihrer Vorlegung bedürfe es nicht, wenn die Vollmachterteilung allen Gesellschaftern bekannt sei und niemand Widerspruch erhebe, ferner, wenn die Vollmacht in einer Gesellschafterversammlung erteilt werde, in der alle Beteiligten anwesend seien und berechtigte Bedenken nicht vorgebracht werden könnten. Das Reichsgericht (JW 1934, 976/977) hat die Auffassung vertreten, daß bei der GmbH die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für eine gültige Beschlußfassung sei, zumal im GmbH-Recht — im Gegensatz zum Aktienrecht (früher § 252 Abs. 2 HGB a. F. jetzt § 134 Abs. 3 AktG) — nicht bestimmt sei, daß die Vollmacht in der Verwahrung der Gesellschaft bleiben müsse; dies gelte auch für eine Universalversammlung (vgl. zum Meinungsstand im Aktienrecht, ob die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht Wirksamkeitsvoraussetzung ist, Zöllner in Kölner Komm. z. AktG § 134 Rdnr. 90). In dem Fall BGHZ 49, 183 handelte es sich um eine GmbH, die mehr als zwei Gesellschafter hatte. Hier ist eine Zwei-Personen-GmbH gegeben. Vertritt ein Gesellschafter nur den anderen (oder auch alle anderen), so findet eine Prüfung der Vollmachterteilung naturgemäß nicht statt. Es können sich auch keine Einwendungen gegen eine gültige Vollmachterteilung ergeben. Jedenfalls bei der Zwei-Personen-Gesellschaft ist die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht also nicht Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abstimmung des erschienenen Gesellschafters auch für den anderen.

Bei der Zwei-Personen-Gesellschaft braucht der in der Versammlung erschienene Gesellschafter nicht einmal eine mündlich erteilte Vollmacht zu haben. Er kann als Vertreter ohne Vertretungsmacht für einen anderen Gesellschafter handeln, ohne daß dadurch die gesetzlichen Voraussetzungen für das Vorhandensein einer Universalversammlung in Frage gestellt würden. Eine vollmachtlose Stimmabgabe wird durch Genehmigung nach § 184 BGB rückwirkend wirksam (Fischer/Lutter/Hommelhoff Rdnr. 6, Meyer-Landrut/

*Miller/Niehus* Rdnr. 25, je zu § 47; *Vogel* aaO; *Baumbach/Hueck/Zöllner* Rdnr. 38, *Scholz/Karsten Schmidt* Rdnr. 87, je zu § 47 nehmen Genehmigung nach § 180 Satz 2 i. V. m. § 177 BGB an).

(5) Der Senat teilt aus all diesen Gründen die vom Landgericht geäußerten Bedenken hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit des Handelns des Gesellschafters A. für die Mitgesellschafterin B. nicht. Diese hat mit Erklärung vom 14.12.1987 das Handeln des Gesellschafters A. vollinhaltlich genehmigt.

*Anmerkung:*

1. In der vorstehenden Entscheidung vertritt das BayObLG die Auffassung, daß auch bei einer Beschlüßfassung über eine Satzungsänderung der GmbH die Vertretung durch einen Mitgesellschafter nicht gegen § 181 BGB verstößt und beruft sich in diesem Zusammenhang u. a. auf ein Urteil des 2. Zivilsenats des BGH vom 22.9.1969 (BGHZ 52, 316 ff. = DNotZ 1970, 298). In dieser Entscheidung hat der BGH das Vorliegen eines verbotenen In-Sich-Geschäfts verneint, wenn bei einer Beschlüßfassung über die Auflösung der GmbH ein Gesellschafter das Stimmrecht für sich und zugleich für einen anderen Gesellschafter ausübt. In den Fällen der *Satzungsänderung* geht der 2. Zivilsenat des BGH jedoch (wie auch bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft, BGHZ 65, 93 ff. = MittBayNot 1975, 263 = DNotZ 1976, 107; NJW 1976, 1538) nunmehr davon aus, daß der Vertreter bei der Beschlüßfassung über die Satzungsänderung den Beschränkungen des § 181 BGB unterliegt (Urteil vom 6.6.1988, MittBayNot 1988, 240 f. = DNotZ 1989, 26 mit Anm. *Kirstgen*). Die Geltung des Selbstkontrahierungsverbots bei der Beschlüßfassung über eine Satzungsänderung der GmbH entspricht auch einer verbreiteten Meinung im Schrifttum. Sie wird neben der vom BayObLG als einziger Nachweis zur Gegenmeinung zitierten Fundstelle *Hachenburg/Schilling*, GmbH-Gesetz, 7. Aufl., Rdnr. 39 ff. z. B. vertreten von *Scholz/K. Schmidt*, GmbH-Gesetz, 7. Aufl., § 47 Rdnr. 180; *Rowedder/Koppensteiner*, GmbH-Gesetz, § 47 Rdnr. 65; *Raiser*, Recht der Kapitalgesellschaften, S. 246; *Bovensiepen* MittRhNotK 1980, 1, 3 f. (jeweils m. w. N.).

2. In dem vom BayObLG zu beurteilenden Fall war der Anwendungsbereich des Selbstkontrahierungsverbotes nicht entscheidungserheblich, denn die Gesellschafterin B. hat den Beschlüß der Gesellschafterversammlung vom 2.12.1987 über die Sitzverlegung am 14.12.1987 ausdrücklich genehmigt. Ein Verstoß gegen § 181 BGB führt bekanntlich nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, sondern lediglich zur schwebenden Unwirksamkeit (MünchKomm/*Thiele*, 2. Aufl., § 181 Rdnr. 37), wobei es im Recht der GmbH allerdings streitig ist, ob dies für den gesamten Beschlüß oder nur für die verbotswidrig abgegebene Stimme gilt (hierzu näher *Kirstgen* MittRhNotK 1988, 219, 224 f.). Die hier vorliegende Genehmigung der vollmachtlos vertretenen Gesellschafterin B. umfaßte jedenfalls auch die Befreiung von dem bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts eingreifenden Selbstkontrahierungsverbot.

3. Zuzustimmen ist dem BayObLG, daß jedenfalls bei einer Zwei-Personen-GmbH (oder dann, wenn ein Gesellschafter alle anderen Gesellschafter vertritt) die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abstimmung auch für den (oder die) übrigen Gesellschafter darstellt. Wenn in diesen Fällen aber bereits die Vollmacht

keiner Form bedarf, gilt dies auch für die vom BayObLG nicht erörterte (weil wegen der schriftlich erteilten Genehmigung der Gesellschafterin B. nicht entscheidungserhebliche) Frage der Formbedürftigkeit der Genehmigung der Stimmabgabe des durch einen vollmachtlosen Vertreter vertretenen Gesellschafters. Eine solche Stimmabgabe ist jedenfalls entsprechend § 180 S. 2, § 177 BGB einer rückwirkenden (§ 184 Abs. 1 BGB) Genehmigung zugänglich (*Scholz/K. Schmidt*, a.a.O., § 47 Rdnr. 87; *Rowedder/Koppensteiner*, a.a.O., § 47 Rdnr. 42, jeweils m.w.N.), die entweder der Gesellschaft oder dem Vertreter gegenüber zu erklären ist. Die Formbedürftigkeit dieser Genehmigung wird überwiegend verneint (*Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbH-Gesetz, 15. Aufl., § 47 Rdnr. 37; *Scholz/K. Schmidt*, a.a.O., § 47 Rdnr. 87; a.M. *Roth*, GmbH-Gesetz, 2. Aufl., § 47 Anm. 4.2.3). Dies gilt auch in den Fällen der Satzungsänderung, denn die Bestimmungen der § 2 Abs. 2 und § 55 Abs. 1 GmbHG, die bei der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages für die Vollmacht bzw. für die Übernahmeverklärung auf das erhöhte Stammkapital die notarielle Beurkundung oder Beglaubigung vorsehen, gelten nach h.M. nicht für die Stimmabgabe durch einen Bevollmächtigten bei satzungsändernden Beschlüssen (*Hachenburg/Ulmer*, a.a.O., § 53 Rdnr. 48; *Scholz/Priester*, a.a.O., § 53 Rdnr. 73).

Notarassessor Dr. Johann Frank, München

**18. UWG § 3 (Irreführende Werbung beim Immobilienerwerb durch Abschlüß von Grundstückskauf- und Bauvertrag mit verschiedenen Vertragspartnern)**

Ein Zeitungsinserat/Prospekt, in welchem eine bestimmte Immobilie zu einem einheitlichen Preis angeboten wird, enthält irreführende Angaben i. S. v. § 3 UWG, wenn der Erwerb in der Weise erfolgen soll, daß ein Grundstückskaufvertrag abzuschließen ist und daneben einem weiteren Vertragspartner ein Bauauftrag erteilt wird.

(Leitsatz nicht amtlich)

a) LG München I, Urteil vom 26.11.1987 — 4 HKO 14 559/87 —

*Aus dem Tatbestand:*

Die KlägerIn (ein Verein zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs) fordert gem. § 2 ihrer Satzung Interessen i. S. d. § 13 UWG und hat den Zweck, durch Beteiligung an der Rechtsforschung sowie durch Aufklärung und Belehrung zur Förderung des lauteren Wettbewerbs beizutragen und gegebenenfalls im Zusammenwirken mit den zuständigen Stellen der Rechtspflege, den unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen.

Die Beklagte veröffentlichte in der „S. Zeitung“ vom 20.9.1986 folgendes Inserat:

„Groß. DHH ... in ruhiger Bestlage, 124 m<sup>2</sup> Wfl. Hobbyraum, Erker, Sprossenfenster, DG-Ausbau vorbereit. 365 m<sup>2</sup> SW-Grd. Fertigstell. 87 764.000,—. Info + Berat.: ...“

Nach Erscheinen der Anzeige wurde Interessenten der Prospekt zugeleitet. Im Verlauf weiterer Vertragsverhandlungen erhielt der Interessent den Entwurf eines Angebots zum Abschlüß eines Grundstückskaufvertrages sowie gleichzeitig den Entwurf eines Bauvertrags. Das Grundstück sollte von einer in dem ausgehändigten Entwurf noch nicht namentlich bezeichneten dritten Person erworben werden. Die in der Anzeige und im Prospekt genannte Vergütung sollte auf Grundstückskaufvertrag und Bauvertrag verteilt werden.

Nach Auffassung der Klägerin verstößt die Beklagte mit dieser Werbung gegen § 3 UWG.