

84. 1. Kann ein Vertreter im Namen des Vertretenen zugunsten eines von ihm gleichfalls vertretenen Dritten eine Hypothek bestellen?
2. Sind Gesellschaftsbeschlüsse einer Gesellschaft m. b. H. nichtig oder nur anfechtbar, wenn:
- a) der Gegenstand, über welchen Beschluß gefaßt worden ist, in der den Gesellschaftern mitgetheilten Tagesordnung nicht bezeichnet war;

b) bei der Beschlussfassung über ein mit einem Gesellschafter vorzunehmendes Rechtsgeschäft dieser mitgestimmt hat?

BGB. § 181.

GmbHG. §§ 51 Abs. 2, 47 Abs. 4.

V. Zivilsenat. Ur. v. 3. Februar 1917 i. S. R. & Sp. G. m. b. H. (Wekl.) w. Hotel zur Post in L., G. m. b. H. (Kl.). Rep. V. 341/16.

I. Landgericht München II.

II. Oberlandesgericht daselbst.

In der notariellen Urkunde vom 24. März 1914 haben Franz Sp. und Ludwig Fr. namens der Firma „Grand Hotel Post L.“ G. m. b. H., deren zur gemeinschaftlichen Vertretung berechtigte Geschäftsführer sie waren, erklärt, daß die Firma F. R. & F. Sp. G. m. b. H. in Regensburg (die jetzige Beklagte) ihrer Gesellschaft einen Baukredit in laufender Rechnung eröffnet habe und daß sie zur Sicherstellung der Gläubigerin für alle aus diesem Kreditverhältnis bisher schon entstandenen und noch entstehenden Forderungen eine Sicherungshypothek bis zum Höchstbetrage von 60000 M zur nächstfolgenden Rangstelle an dem Anwesen der Schuldnerin, Haus Nr. 5 und 6 in L., „errichten“, auch die Eintragung dieser Hypothek im Grundbuche bewilligen und beantragen. Auf Grund dieser Urkunde wurde die Sicherungshypothek am 28. März 1914 im Grundbuche von L. eingetragen. Die Gesellschaft m. b. H. „Grand Hotel Post in L.“ ist am 13. Mai 1914 aufgelöst, und am 22. Juli 1914 ist über ihr Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden. Die klagende Gesellschaft m. b. H. „Hotel zur Post“ in L. hat von der Konkursmasse der aufgelösten Gesellschaft „Grand Hotel Post L.“ das Anwesen Haus Nr. 5 und 6 in L. käuflich erworben, und zwar um die der Sicherungshypothek der Beklagten vorgehende Belastung zuzüglich 1500 M. In dem Kaufvertrage ist bemerkt, die Vertragsschließenden seien darüber einig, daß die Eintragung der Hypothek zu Unrecht erfolgt und daß die Gläubigerin bereits unter Klagedrohung zur Löschung aufgefordert worden sei; die Käuferin übernehme daher diese Hypothek nur „in dinglicher Haftung“.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte für schuldig zu erklären, in die Löschung der für sie eingetragenen Sicherungshypothek zu willigen. Die Vorinstanzen haben dem Klageantrag entsprechend er-

kannt. Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

„1. Die Klägerin stützt den Klageantrag auf Löschung der auf ihrem Grundstücke zum Höchstbetrage von 60 000 *M* eingetragenen Sicherungshypothek in erster Linie auf die Behauptung, daß ein das Grundstück belastendes dingliches Hypothekenrecht nicht entstanden sei. Denn das Rechtsgeschäft, durch welches die Hypothek bestellt wurde, habe der Geschäftsführer der Beklagten, Sp., in seiner Eigenschaft als deren Vertreter dem § 181 BGB. zuwider mit sich selbst in seiner gleichzeitigen Eigenschaft als Geschäftsführer und Vertreter der damaligen Grundstückseigentümerin, der G. m. b. H. „Grand Hotel Post T.“ abgeschlossen; es sei deshalb unwirksam. Der Berufungsrichter hat in Übereinstimmung mit dem Landgerichte diesen Klagegrund für durchgreifend erachtet. Er führt unter Bezugnahme auf das in der Leipz. Zeitschr. 1909 S. 304 veröffentlichte Urteil des Reichsgerichts II. Zivilsenats vom 12. März 1909 zunächst aus, die Bestimmung des § 37 Abs. 5 Satz 1 GmbHG., wonach gegen dritte Personen eine Beschränkung der Befugnis der Geschäftsführer, die Gesellschaft zu vertreten, keine rechtliche Wirkung hat, beziehe sich nicht auf die allgemeinen gesetzlichen Beschränkungen wie die des § 181 BGB. Daß aber der Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. in deren Namen mit sich als Geschäftsführer einer anderen Gesellschaft m. b. H. ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen könne, soweit die in § 181 zugelassenen Ausnahmen nicht vorlägen, ergebe der klare Inhalt dieser Gesetzesbestimmung. Der Einwand der Beklagten, daß die Bestellung der Sicherungshypothek nicht als Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Sinne des § 181 anzusehen sei, gehe fehl; die zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte nach § 873 erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung, der sog. dingliche Vertrag, sei ein unter § 181 fallendes Rechtsgeschäft. Der Berufungsrichter eignet sich in dieser Beziehung im übrigen die einschlägigen Rechtsausführungen des Landgerichts an. Dieses hatte ausgeführt, ein der Vorschrift des § 181 zuwiderlaufendes Rechtsgeschäft würde im gegebenen Falle auch dann vorliegen, wenn man sich der bei Planck (4. Aufl. Note 1 e α zu § 181)

vertretenen Ansicht anschließen wollte, derzufolge ein Fall des verbotenen Mit-Sich-Selbstkontrahierens an sich nicht vorliege, wenn der Vertreter ein rein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft vornehme, das ihm zum Vorteile gereiche, so wenn er wie hier sich als eigener Person oder als dem Vertreter eines Dritten im Namen des Vertretenen an dessen Grundstück eine Hypothek bestelle. Denn auch in solchem Falle wäre § 181 nur unter der Voraussetzung nicht verletzt, daß die der Hypothek zugrunde liegende Einigung sich ohne ein Zusammentreffen von Gläubiger und Schuldner in ein und derselben Person vollzogen habe. Nicht von wem die Eintragungsbewilligung im Sinne der GBD. (§§ 19 flg.) herrühre, sondern zwischen welchen Personen die nach § 873 BGB. zur Belastung des Grundstücks mit der Hypothek notwendige Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung stattgefunden habe, sei ausschlaggebend; die Einigung aber sei ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches ein Vertreter namens des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten nach § 181 BGB. regelmäßig nicht vornehmen könne. Im vorliegenden Falle könne die Einigung, wie der Zusammenhang mit Notwendigkeit ergebe, nur zwischen Sp. und Fr. als den beiden nach § IX der Satzung zur Vertretung der G. m. b. H. „Grand Hotel Post“ nur gemeinschaftlich ermächtigten Geschäftsführern einerseits und dem Sp. als Geschäftsführer der Beklagten als der Gläubigerin andererseits stattgefunden haben. Daß Sp., der ja auch unbestritten vor dem Grundbuchamt in L. als alleiniger Vertreter der Beklagten in dieser Angelegenheit aufgetreten sei, bei der Einigung mitgewirkt habe, dulde keinen Zweifel. Wie der Gesellschaftsvertrag der Beklagten die Vertretungsbefugnis der beiden Geschäftsführer regle, sei allerdings nicht festgestellt. Sollte gemäß der gesetzlichen Regelung in § 35 GmbHG. Kollektivvertretung vorgeschrieben sein, so habe Sp. bei der Einigung mindestens neben dem anderen Geschäftsführer R. mitgewirkt. Sei jedoch jeder von beiden Geschäftsführern für sich allein vertretungsberechtigt gewesen, so sei den Umständen nach Sp. als derjenige anzusehen, welcher die maßgebende Verabredung getroffen habe. Der Beklagte habe auch nicht behauptet, daß etwa R. allein dies ohne Mitwirkung Sp.'s getan habe; eine solche Behauptung würde überdies keinen Glauben verdienen. Diesen Aus-

führungen des Landgerichts hat der Berufungsrichter noch hinzugefügt, es sei jetzt durch Vorlegung des Registerauszugs festgestellt, daß jeder der beiden Geschäftsführer der Beklagten zu ihrer Vertretung berechtigt sei. Das neuerliche Vorbringen der Beklagten aber, daß ihr Prokurist Jakob R. die Hypothekenbestellung veranlaßt habe, sei für die Entscheidung hinsichtlich der Voraussetzungen des § 181 BGB. ohne rechtliche Bedeutung, weil bei der in Frage stehenden Grundstücksbelastung der Einigungsakt erst mit und durch die Hypothekenbestellung vom 24. März 1914, bei welcher „lediglich Sp. als Geschäftsführer der beiden Gesellschaften m. b. H.“ mitgewirkt habe, als erfolgt zu erachten sei.

Mit Unrecht wendet die Revision gegen diese Ausführungen des Berufungsrichters ein, die Mitwirkung der Beklagten bei der Bestellung der Sicherungshypothek sei deshalb nicht notwendig gewesen, weil die Bewilligung der Eintragung ein einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft sei, das nicht unter § 181 falle. Es ist vielmehr der Auffassung des Berufungsrichters beizustimmen, daß zur Belastung des Grundstücks mit der Hypothek gemäß § 873 BGB. die Einigung der G. m. b. H. „Grand Hotel zur Post“ als der damaligen Grundstückseigentümerin mit der Beklagten erforderlich war und daß eine solche Einigung ein zwischen den Beteiligten miteinander abzuschließendes Rechtsgeschäft ist, das als solches unter § 181 BGB. fällt. Die dingliche Einigung im Sinne des § 873 BGB. erfordert übereinstimmende auf die Entstehung oder Veränderung eines dinglichen Rechtes gerichtete Willenserklärungen des Berechtigten und des anderen Teiles, die die Natur von Vertragserklärungen haben und daher von dem einen Teile gegenüber dem anderen abzugeben sind. Auch eine Hypothek kann wie jedes andere dingliche Recht nur durch eine solche Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Gläubiger, nicht durch einseitige Erklärung des Grundstückseigentümers entstehen. Die einseitige Erklärung des Grundstückseigentümers, daß er die Hypothek bewillige, genügt allerdings zur Eintragung der Hypothek in das Grundbuch (§ 19 GBD.). Durch die Eintragung entsteht aber die Hypothek nicht, wenn ihr keine dingliche Einigung zugrunde liegt; vielmehr ist in solchem Falle das Grundbuch unrichtig. Wenn in der vierten Auflage des Planckschen Kommentars zum BGB. an der vom Landgericht angeführten Stelle

(Erläuterung 1 e α zu § 181) gelehrt wird, ein Mit-Sich-Selbst-Kontrahieren liege nicht vor, „wenn der Bevollmächtigte sich als eigener Person im Namen des Vertretenen an dessen Grundstück eine Hypothek bewilligt,“ da es sich dabei um ein „einseitiges, nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft“ handle, so kann das, sofern damit gesagt sein soll, daß durch ein solches Rechtsgeschäft eine Hypothek zur Entstehung gebracht werden könne, nicht gebilligt werden, und eine solche Auffassung wird auch durch die dort angeführte Rechtsprechung nicht gestützt. Das Landgericht hat bereits zutreffend darauf hingewiesen, daß das von Planck angeführte Urteil des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 19. Juni 1906 (Rechtspr. d. OLG. Bd. 13 S. 330; Bayerische Zeitschrift 1906 S. 296; Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 7 S. 709) überhaupt nicht einschlägt, weil in dem dort entschiedenen Falle der Bevollmächtigte nicht sich, sondern für seine eigene Schuld einem Dritten eine Hypothek an dem Grundstück des Vollmachtgebers bewilligt hatte. Der außerdem noch von Planck für seine Ansicht angeführte Beschluß des Landgerichts Dresden vom 5. Oktober 1900 (Zentralbl. für freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 2 S. 325) betrifft nicht die Bewilligung der Eintragung einer Hypothek, sondern die Bewilligung der Löschung einer solchen, und es wird dort lediglich ausgeführt, daß die Eintragungsbewilligung als solche, soweit sie eine dingliche Einigung nicht voraussetzt, nicht unter § 181 falle. Ebenso Kammergericht vom 20. Dezember 1909 (Seuff. Bl. für Rechtsanw. Bd. 72 S. 296).

Andererseits steht die Literatur und Rechtsprechung überwiegend auf dem Standpunkte, daß das Grundbuchamt es abzulehnen habe, eine Hypothek auf dem Grundstück des Vertretenen auf Grund der von einem nicht besonders ermächtigten Vertreter zu seinen eigenen Gunsten erklärten Eintragungsbewilligung einzutragen, weil § 181 auf die Eintragungsbewilligung als solche zwar nicht unmittelbar zutrefte, aber doch entsprechend angewendet werden müsse.

Vgl. Prebani, Grundbuchordnung, Erläuterung zu § 19 Nr. 35 (S. 357); Kammergericht vom 19. Juni 1911 (Jahrbuch Bd. 41 S. 168); Kammergericht vom 25. Januar 1909 (Seuff. Bl. für Rechtsanw. Bd. 74 S. 640).

Ob das richtig ist, kann hier dahingestellt bleiben, denn es handelt sich hier nicht darum, ob die Eintragung nicht hätte erfolgen

dürfen, sondern um die Frage, ob das materielle Hypothekenrecht zur Entstehung gelangt ist. Dafür ist, wie das Landgericht zutreffend hervorhebt, nicht die Eintragungsbewilligung maßgebend, sondern die Einigung. Eine solche Einigung, die allerdings keiner Form bedarf, könnte aus der notariellen Urkunde vom 24. März 1914, in der lediglich die einseitige Bewilligungserklärung der Vertreter der Gesellschaft m. b. H. „Grand Hotel zur Post“ verlaubar ist, nur etwa insofern entnommen werden, als angenommen werden dürfte, daß Sp. zugleich als Vertreter der Beklagten dieser Erklärung stillschweigend zugestimmt habe. Unterstellt man das aber, so hat Sp. gleichzeitig als Vertreter der Grundstückseigentümerin und der Gläubigerin gehandelt, also das Rechtsgeschäft der Einigung im Sinne des § 181 BGB. mit sich selber abgeschlossen. — Zugugeben ist der Revision, daß dem Berufungsrichter insofern eine Ungenauigkeit untergelaufen ist, als er ausführt, bei der Hypothekbestellung vom 24. März 1914 habe lediglich Sp. als Geschäftsführer der beiden Gesellschaften m. b. H. mitgewirkt, während nach dem Inhalte der notariellen Urkunde, der vorgetragen ist, und nach den Feststellungen des Landgerichts, denen sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, in Wirklichkeit als Vertreter der Gesellschaft m. b. H. „Grand Hotel Post“ außer Sp. auch der andere Geschäftsführer dieser G. m. b. H. Fr. mitgewirkt hat. Aber dieses offenbare Versehen ist für die Entscheidung bedeutungslos, da, wie der Berufungsrichter ausdrücklich festgestellt hat, Sp. und Fr. nur gemeinschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft m. b. H. berechtigt waren. Daß aber die Kollektivvertretung auf der einen, die Einzelvertretung auf der anderen Seite die nach § 181 vorausgesetzte und notwendige Personenidentität ausschliesse, kann der Revision nicht zugegeben werden. Vielmehr steht auch in solchem Falle dieselbe Person als Vertreter auf beiden Seiten, auf der einen Seite allein, auf der anderen als eine der mehreren Personen, deren Mitwirkung zum Zustandekommen einer für den Vertretenen rechtsverbindlichen Willenserklärung erforderlich ist.

2. Stellt sich sonach die Annahme des Berufungsrichters, daß durch die in der notariellen Urkunde vom 24. März 1914 enthaltenen Erklärungen die zur Entstehung der Hypothek erforderliche dingliche Einigung zunächst nicht in rechtswirksamer Weise zustande gekommen sei, als frei von Rechtsirrtum dar, so fragt sich doch, ob eine solche

Einigung nicht durch anderweitige, außerhalb der Urkundenerrichtung liegende Vorgänge zustande gekommen ist. In dieser Beziehung hat die Beklagte behauptet, daß die Bewilligung der Hypothek durch ihren Prokuristen Jakob K. veranlaßt worden sei. Die Begründung, mit welcher der Berufungsrichter diese Behauptung als rechtlich bedeutungslos zurückweist, ist, wie der Revision zugegeben werden muß, nicht bedenkenfrei. Die Behauptung war offensichtlich so zu verstehen, daß K. die Vertreter der Gesellschaft m. b. H. „Grand Hotel zur Post“ Sp. und Jr. dazu veranlaßt haben soll, die Hypothekenbestellungserklärung abzugeben. Erweist sich diese Behauptung als wahr, so würde es nahe liegen, anzunehmen, daß bereits vor Errichtung der notariellen Urkunde die erforderliche dingliche Einigung zwischen K. als dem Vertreter (Prokuristen) der G. m. b. H. K. & Sp. einerseits und den genannten Vertretern der G. m. b. H. „Grand Hotel zur Post“ anderseits zustande gekommen ist, also in einer Weise, der § 181 BGB. nicht entgegenstände. Der Berufungsrichter hat ferner außer acht gelassen, daß die Einigung der Eintragungsbewilligung und der Eintragung auch nachfolgen kann.

Vgl. RG. in Jur. Wochenschr. 1905 S. 290 Nr. 15 und 1912 S. 296 Nr. 15.

Es wäre deshalb zu prüfen gewesen, ob nicht eine dingliche Einigung in einer dem § 181 nicht widersprechenden Weise dadurch zustande gekommen ist, daß die Beklagte, die sich ja im gegenwärtigen Rechtsstreit auf das Bestehen der Hypothek beruft, die von den Vertretern der G. m. b. H. „Grand Hotel zur Post“ zu ihren Gunsten einseitig erklärte Hypothekenbestellung nachträglich stillschweigend angenommen hat, und zwar bevor von Seiten der G. m. b. H. „Grand Hotel zur Post“ der Wille kundgegeben war, die Hypothekenbestellungserklärung nicht aufrecht zu erhalten.

Vgl. das schon angeführte, in der Jur. Wochenschr. 1912 S. 296 Nr. 15 veröffentlichte Urteil des Reichsgerichts vom 23. Dezember 1911, IV. 168/1911.

3. Die Beklagte hat aber weiter geltend gemacht, daß die etwa aus § 181 BGB. herzuleitende anfängliche Unwirksamkeit des in der notariellen Urkunde vom 24. März 1914 enthaltenen Rechtsgeschäfts der Hypothekenbestellung geheilt worden sei gemäß § 177 BGB. durch Genehmigung von Seiten der beiden Vertragsschließenden. Daß eine

solche Teilung rechtlich möglich ist, hat der Berufungsrichter in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. Bd. 56 S. 104 [107], 67 S. 51 [54], 68 S. 37 [40]) nicht verkannt. Auch hat er mit dem Landgerichte, dessen Gründe er zu den seinigen macht, ohne Rechtsirrtum angenommen, daß von Seiten der Beklagten eine solche Genehmigung erteilt worden ist. Eine Genehmigung der anderen Beteiligten, der Gesellschaft m. b. H. „Grand Hotel Post“ hat die Beklagte darin finden wollen, daß in der Gesellschafterversammlung dieser Gesellschaft vom 1. Mai 1914 laut Sitzungsprotokoll von Justizrat B. als dem Vertreter der Gesellschafterin Frau M. der Antrag gestellt worden ist, „daß die Hypothekeneintragung von der Gesellschaft nicht genehmigt werden solle“, sowie der weitere Antrag „daß die Genehmigung versagt werden solle“, und daß dieser Antrag bei der Abstimmung „mit allen Stimmen“ abgelehnt worden ist, eine Beschlufsfassung, gegen welche Justizrat B. alsbald Protest einlegte. Wenn das Landgericht auf Grund dieser Feststellungen das Abstimmungsverhältnis so aufgefaßt hat, daß der Antrag „mit allen Stimmen gegen die der Antragstellerin Frau M.“ abgelehnt worden sei, so ist dagegen ein Bedenken (wie es die Revision angeregt hat) nicht zu erheben. Beide Vorinstanzen gehen auch ohne Rechtsirrtum davon aus, daß zur Genehmigung die Gesellschafterversammlung als oberstes Willensorgan der Gesellschaft berufen war (RGZ. Bd. 68 S. 178/179).

Sie gelangen aber übereinstimmend zu dem Ergebnis, daß durch den Beschluß vom 1. Mai 1914 eine die Rechtswirksamkeit der Hypothek beseitigende Genehmigung nicht erreicht sei. Allerdings aus nicht übereinstimmenden Gründen. Das Landgericht hatte angenommen, der Beschluß sei nicht mit der nach § 47 Abs. 1 GmbHG. erforderlichen Stimmenmehrheit gefaßt worden. Denn es seien dabei, entgegen der Vorschrift des § 47 Abs. 4 des Gesetzes, die Stimmen der Beklagten mitgezählt worden, obwohl die Beschlufsfassung ein ihr gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft betroffen habe. Wegen des hierin liegenden Verstoßes sei der Beschluß nichtig, ohne daß es der Anfechtungsklage von Seiten eines Gesellschafters bedurft habe. Der Berufungsrichter mißbilligt diese Auffassung, weil es sich bei der Beschlufsfassung nicht um einen Vertragsabschluß der G. m. b. H. „Grand Hotel Post“ mit der Beklagten, sondern um die Genehmigung

einer von dem Geschäftsführer Sp. für die Gesellschaft vorgenommenen Rechtsbehandlung gemäß § 177 BGB. gehandelt habe und weil alle Gesellschafter berechtigt gewesen seien, hierüber mitzustimmen, auch die Beklagte, selbst wenn das Interesse der Gesellschaft in Widerstreit mit ihrem Interesse gestanden haben sollte. Dagegen erachtet der Berufungsrichter den Beschluß vom 1. Mai 1914 um deswillen für rechtsunwirksam, weil die auf diesen Tag einberufene Gesellschafterversammlung überhaupt nicht berechtigt gewesen sei, einen Beschluß über die Genehmigung der durch den Geschäftsführer Sp. am 24. März 1914 erfolgten Bestellung einer Sicherungshypothek zugunsten der Beklagten zu fassen. Denn nach § 51 Abs. 2 GmbHG solle der Zweck der Versammlung jederzeit bei der Berufung angekündigt werden. Die den Gesellschaftern bei der Berufung mitgeteilte Tagesordnung aber — welche lautete: 1. Genehmigung der Geschäftsführung; 2. Beratung über den Antrag eines Gesellschafters auf Auflösung der Gesellschaft; 3. Verschiedenes — habe nicht den geringsten Hinweis darauf enthalten, daß der einberufenen Versammlung irgendwelche auf die Sicherungshypothek vom 24. März 1914 sich beziehende Beratung und Beschlußfassung oblägen, noch weniger, daß über die Erteilung einer Genehmigung nach § 177 BGB. beraten und beschlossen werden sollte. Um der Vorschrift des § 51 Genüge zu leisten, müsse mindestens der Gegenstand der der Versammlung zu unterbreitenden Anträge, wenn auch nicht diese selbst, in der Einladung der Gesellschafter so deutlich bezeichnet werden, daß diese in den Stand gesetzt würden, sich auf den Stoff der in Aussicht genommenen Beratung und Beschlußfassung vorzubereiten und vor Überraschungen zu schützen. Diesen Zweck erfülle die Tagesordnung nicht, wenn sie lediglich allgemeine Wendungen, wie „Verschiedenes“, „Genehmigung der Geschäftsführung“ enthalte, und dann in der Versammlung über diese allgemeine Ankündigung hinausgehende, besonders wichtige, außergewöhnliche Gegenstände zur Beratung und Beschlußfassung vorgelegt würden. Die Ankündigung müsse gemäß §§ 133, 157 BGB., die auch auf sie anwendbar seien, so ausgelegt werden, wie sie von den Gesellschaftern aufgefaßt und verstanden werden könne, nicht aber nach der unerkennbar gebliebenen oder gar etwa verschleierten Absicht, welche die Ankündiger mit ihr verfolgt hätten. Bei solcher Auslegung erweise sich die An-

kündigung nicht nur als mangelhaft, sie enthalte vielmehr eine Ankündigung darüber, daß in der Versammlung über die Genehmigung der Sicherungshypothekbestellung beraten und beschloffen werden solle überhaupt nicht. Über Punkte, die in dieser Weise gar nicht angekündigt seien, könne nach § 51 Abs. 3 eine Beschlusfassung, wenn überhaupt, so jedenfalls nur dann rechtsgültig erfolgen, wenn sämtliche Gesellschafter in der Versammlung anwesend oder vertreten seien. Daß dies nicht der Fall war, legt der Berufungsrichter des näheren dar. . . .

Der Berufungsrichter führt weiter aus, mangelhafte Gesellschafterversammlungsbeschlüsse unterlägen im allgemeinen der Anfechtung durch Klage und Einrede von seiten des ihnen entgetretenden Gesellschafters. Anders sei es aber, wenn, wie oben dargelegt, die Gesellschafterversammlung betreffs des zur Beschlusfassung gestellten Gegenstandes sich überhaupt nicht als solche, und wenn insolge dessen auch das Abstimmungsresultat sich nur als Scheinbeschlus einer rechtlich nicht vorhandenen Gesellschafterversammlung darstelle. In solchen Fällen handle es sich nicht um Beseitigung eines mangelhaften Beschlusses, sondern um die Geltendmachung des ohne weiteres gegebenen, aber von dem Gegner bestrittenen Nichtvorhandenseins eines Gesellschafterversammlungsbeschlusses an sich. Dieses Nichtvorhandensein könne von jedermann, der ein Interesse daran habe, jederzeit klage- und einredeweise geltend gemacht werden. Für diese Auffassung nimmt der Berufungsrichter auf das in RGZ. Bd. 75 S. 242 abgedruckte Urteil des Reichsgerichts Bezug. Deshalb sei auch die Klägerin berechtigt, zur Begründung des von ihr als Eigentümerin des Grundstücks nach § 894 BGB. erhobenen Lösungsanspruchs die Rechtsunwirksamkeit der Beschlusfassung über die Genehmigung der Hypothekbestellung im gegenwärtigen Rechtsstreite geltend zu machen. Eine anderweite Genehmigung sei nicht behauptet; jetzt könne solche nicht mehr erfolgen, da die Gesellschaft aufgelöst sei.

a) Die Revision sucht demgegenüber auszuführen, die Tagesordnung der Gesellschafterversammlung vom 1. Mai 1914 sei ausreichend angekündigt worden dadurch, daß in dem Berufungsschreiben als Gegenstand die „Genehmigung der Geschäftsführung“ bezeichnet gewesen sei. Denn die Bestellung einer Hypothek falle an sich in den Geschäfts- und Wirkungskreis der Geschäftsführer und bedürfe im

allgemeinen nicht der Zustimmung oder nachträglichen Genehmigung der Gesellschafterversammlung. Alle einzelnen Akte der Geschäftsführung schon vorher bekannt zu geben, sei weder erforderlich noch möglich. Diese Revisionsangriffe können nicht als gerechtfertigt angesehen werden. Es handelte sich nach den Feststellungen des Berufungsrichters nicht um einen Akt der gewöhnlichen Geschäftsführung, insbesondere nicht um eine gewöhnliche Hypothekenbestellung zugunsten eines Dritten, sondern um die zur Rechtswirksamkeit erforderliche Genehmigung einer gemäß § 181 ohne solche rechtsunwirksamen Hypothekenbestellung zugunsten einer gleichfalls von Sp. vertretenen anderen Gesellschaft m. b. H. Es beruht auf einer rechtlich bedenkenfreien Auslegung der den Gesellschaftern bei der Einberufung mitgeteilten Tagesordnung, wenn der Berufungsrichter annimmt, aus ihrem Wortlaute sei eine Ankündigung, daß über diesen außergewöhnlichen und wichtigen Gegenstand beraten und beschloffen werden solle, nicht zu entnehmen gewesen. Der Berufungsrichter konnte deshalb ohne Rechtsirrtum folgern, daß die Gesellschafter durch die Mitteilung der Tagesordnung nicht in die Lage versetzt worden seien, sich auf den hier in Frage stehenden Gegenstand der Berufung und Beschlußfassung vorzubereiten, und daß sonach die Mitteilung keine Ankündigung des hier in Frage stehenden Gegenstandes enthalte, also der Vorschrift des § 51 Abs. 2 nicht Genüge geleistet habe.

Vgl. die Urteile des Reichsgerichts I 151/1901 vom 3. Juli 1901 (Jur. Wochenschr. 1901 S. 659 Nr. 28); IV. 654/07 vom 8. Oktober 1908 und II. 565/13 vom 21. September 1915 (Leipz. Zeitschr. 1916 S. 327).

b) Stellt sich sonach die von der Revision erhobene Rüge nicht als gerechtfertigt dar, so liegt doch ein von Amts wegen zu beachtender Rechtsirrtum, auf welchem die Entscheidung beruht, insofern vor, als der Berufungsrichter annimmt, daß der in der Beschlußfassung über einen nicht angekündigten Gegenstand liegende Verstoß gegen § 51 Abs. 2, 4 UmbH.G. eine Nichtigkeit des gefaßten Beschlusses zur Folge habe, welche von jedem Dritten, der ein Interesse daran hat, geltend gemacht werden könne, ohne daß es einer von einem Gesellschafter zu erhebenden Anfechtungsklage bedürfe.

Der Berufungsrichter verkennt nicht, daß „mangelhafte Gesellschafterversammlungsbeschlüsse im allgemeinen der Anfechtung durch

Klage und Einrede unterlägen" (vgl. RG. II. 106/1913 in Goldheims Monatschr. 1914 S. 103; Staub, Sachenb. zu § 45 GmbHG. Anm. 16; RGZ. Bd. 49 S. 145). Er meint aber, das sei anders, wenn die Gesellschafterversammlung „hinsichtlich des zur Beschlußfassung gestellten Gegenstandes sich überhaupt nicht als solche und wenn infolgedessen das Abstimmungsresultat sich lediglich als Scheinbeschluß einer rechtlich nicht vorhandenen Gesellschafterversammlung darstelle“. Diese Auffassung wird in ihrer Anwendung auf den vorliegenden Fall durch das in RGZ. Bd. 75 S. 242 veröffentlichte Urteil, auf das der Berufungsrichter Bezug nimmt, keineswegs gerechtfertigt. Dort ist, unter Mißbilligung der Gründe einer abweichenden Entscheidung des Kammergerichts, der Standpunkt vertreten, den das Reichsgericht auch schon in dem in RGZ. Bd. 60 S. 409 veröffentlichten Urteile für § 51 GenG. eingenommen hatte, daß nämlich der Generalversammlungsbeschluß einer Aktiengesellschaft, für den statt der gesetzlich vorgeschriebenen erhöhten nur die einfache Mehrheit gestimmt hat, nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sei. Dabei ist ausgeführt, es sei zuzugeben, daß bei der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft so flagrante Verstöße im Verfahren möglich seien, daß das Abstimmungsresultat nicht mehr unter den Begriff eines Beschlusses der Generalversammlung gebracht werden könne, so z. B. wenn die Versammlung überhaupt nicht oder von offensichtlich unbefugten Personen berufen sei. Wo die Umstände sich so verhielten, sei für die Anfechtungsklage des § 271 HGB., die ausdrücklich einen, wenn auch mangelhaften Beschluß voraussetze, kein Raum; in einem solchen Falle treffe vielmehr die Charakterisierung des Abstimmungsresultates als eines Scheinbeschlusses zu und die Scheinnatur könne von jedermann jederzeit durch Klage und Einrede geltend gemacht werden. Anders verhalte es sich aber, wenn die Formen gewahrt seien. Habe in einer im wesentlichen ordnungsmäßig berufenen Generalversammlung eine Abstimmung stattgefunden und sei als Ergebnis der Abstimmung ein bestimmter Beschluß vom Vorsitzenden verkündet und vom Protokollführer gebucht worden, so sei zwar kein unanfechtbarer Beschluß erzeugt. Die Tatsache aber, daß die zuständigen Personen (Versammlungsleiter und Protokollführer) das Ergebnis unter Beobachtung der gesetzlichen Formen für einen gültigen Beschluß erklärt haben, dürfe nicht ohne weiteres beiseite

gesetzt werden. Es müsse also die Ungültigkeit des Beschlusses im Wege der Anfechtungsklage dargetan werden. Geschehe dies nicht, so bleibe der äußerlich gültige Beschluß bei Bestand. Daß nun im gegebenen Falle die Beschlußfassung über einen in der Ankündigung nicht bezeichneten Gegenstand einen so flagranten Verstoß enthalte, daß sich um deswillen der gefaßte Beschluß überhaupt nicht als Beschluß einer General-(Gesellschafter-)versammlung darstelle, kann dem Berufungsrichter nicht zugegeben werden. Die Gesellschafterversammlung ist von den dafür zuständigen Organen nach § 51 Absf. 1 des Gesetzes ordnungsgemäß berufen gewesen. Sie hat als solche sich konstituiert und getagt, sowie Beschlüsse gefaßt, die vorschriftsmäßig verlaublich wurden. Wenn sie auch über einen in der Tagesordnung nicht angekündigten Gegenstand einen Beschluß gefaßt hat, so kann man nicht sagen, daß sie hinsichtlich dieses Gegenstandes überhaupt keine Gesellschafterversammlung und deshalb der gefaßte Beschluß ein Scheinbeschluß gewesen sei. Die Vorschrift in § 51 Absf. 2 ist eine „Soll“-Vorschrift, deren Beobachtung nicht zur ordnungsmäßigen Berufung der Versammlung gehört; das ergibt sich aus Absf. 3 und 4 (Foerster, Kommentar zum GmbHG. Anm. 1). Nach Absf. 4 in Verbindung mit Absf. 3 können allerdings Beschlüsse über solche Gegenstände, welche nicht wenigstens drei Tage vor der Versammlung in der für die Berufung vorgeschriebenen Weise angekündigt worden sind, nur gefaßt werden, wenn sämtliche Gesellschafter anwesend sind. Aber dieser Vorschrift, die im Interesse der Gesellschafter gegeben ist, um diesen die Entschließung über ihre Teilnahme an der Versammlung und ihnen die Vorbereitung darauf zu ermöglichen, sowie um Überumpelungen zu verhüten, kann nur die Bedeutung beigelegt werden, daß ein ihr zuwider gefaßter Beschluß für die nicht anwesend gewesenen Gesellschafter, die sich mit der Beschlußfassung nicht ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt haben, nicht bindend ist, und daß der Beschluß deshalb von diesen Gesellschaftern im Wege der Klage oder Einrede angefochten werden kann. Daß dagegen ein Dritter, der nicht Gesellschafter ist, die Nichtbeobachtung dieser lediglich die inneren Verhältnisse der Gesellschaft betreffenden, im Interesse der Gesellschafter gegebenen Vorschrift zum Anlaß nehmen könnte, um daraus die Nichtexistenz des durch die zuständigen Organe als zustande gekommen verlaublichen Beschlusses einer ordnungsmäßig be-

rufenen Gesellschafterversammlung herzuführen, erscheint mit dem Wesen und der Bedeutung der Vorschrift nicht vereinbar. In der Literatur steht allerdings Hachenburg (Kommentar zum GmbHG. zu § 51 Anm. 8) auf dem Standpunkte, daß ein über solche Punkte, die überhaupt nicht angekündigt sind, gefaßter Beschluß „ein Nichts und völlig unbeachtlich“ sei. Wenn er sich aber für diese Auffassung auf Staub (Kommentar zum HGB. Anm. 9 zu § 256) beruft, so ist diese Bezugnahme für die neueren Auflagen des Staub'schen Kommentars nicht mehr zutreffend. In der 6./7. Auflage (1900), Anm. 5 zu § 256, hatte allerdings Staub noch gelehrt, daß die Beschlüßfassung über einen außerhalb der Tagesordnung gestellten Antrag in einer Versammlung, die nicht Vollversammlung ist, ungültig sei und auch durch unterlassene Anfechtung nicht gültig werde. In den neueren Auflagen aber hat er diesen Standpunkt aufgegeben und im Gegensatz dazu ausgeführt (9. Aufl. zu § 256 Anm. 5), daß ein Beschluß über einen außerhalb der Tagesordnung gestellten Antrag zwar anfechtbar sei, aber durch unterlassene Anfechtung gültig werde. Damit hat er sich der früher von ihm bekämpften Ansicht Pinner's (Aktienrecht § 256 Anm. 3 S. 194) angeschlossen. Diese war auch anderweit schon früher überwiegend in der Literatur vertreten (vgl. Makower HGB. zu § 256 Anm. 4, zu § 273 Anm. 5 zu b; Esser, Aktiengesellschaften zu § 256 Anm. 6; Lehmann-Ring, HGB. zu § 241 Nr. 10, zu § 273 Nr. 8) und sie wird ebenso mit eingehender Begründung aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes vertreten in dem Beschlusse des Kammergerichts vom 14. März 1907 (Jahrbuch Bd. 34 A 136, Rechtspr. d. Oberlandesger. Bd. 14 S. 352) auf den Staub in der 9. Aufl. Bezug nimmt.¹ Übrigens ist zu bemerken, daß das erheblichste Bedenken gegen diese Auffassung, welches für die Rechtsverhältnisse bei der Aktiengesellschaft aus der Befristung der Anfechtungsklage gemäß § 271 HGB. hergeleitet wird, für die Gesellschaften mit b. H nicht in Frage kommt, da bei diesen die Anfechtung nicht durch eine innerhalb bestimmter Frist zu erhebende Klage zu erfolgen braucht (vgl. Hachenburg, GmbHG. zu § 45 Anm. 31; RG. II. 106/13, Urt. vom 6. Juni 1913 in Goldheims Monatschr. 1914 S. 103).

¹ Ebenso Kammergericht vom 21. Mai 1915 (Recht Nr. 1013). R. W. Goldmann, HGB. zu § 256 Nr. 6 (S. 1065).

c) Erweist sich sonach die Annahme des Berufungsrichters, daß eine Genehmigung des von Sp. dem § 181 BGB. zuwider abgeschlossenen Rechtsgeschäfts der Hypothekenbestellung durch die Gesellschaft m. b. H. „Grand Hotel zur Post“ nicht erfolgt, mithin auch die Rechtsunwirksamkeit dieses Geschäfts nicht geheilt sei, als unzutreffend, und beruht daher auch die auf diese Annahme gegründete Zuspredung der Klage auf Löschung der Hypothek selbst auf Rechtsirrtum, so muß dies zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen, sofern nicht die Entscheidung sich aus einem anderen Grunde als gerechtfertigt darstellt (§ 563 ZPO.). Als ein solcher könnte der vom Berufungsrichter gemißbilligte Grund in Betracht kommen, aus welchem das Landgericht angenommen hatte, daß eine Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch die G. m. b. H. nicht erfolgt sei, nämlich die Tatsache, daß bei der Abstimmung über den Antrag, die Genehmigung nicht auszusprechen, die Beklagte mitgestimmt hat. Wenn der Berufungsrichter angenommen hat, daß in diesem Mitstimmen ein Verstoß gegen § 47 Abs. 4 GmbHG. um deswillen nicht gefunden werden könne, weil es sich dabei nicht um einen Vertragsabschluß der G. m. b. H. „Grand Hotel Post“ mit der Beklagten, sondern um die Genehmigung einer von dem Geschäftsführer Sp. vorgenommenen Rechtshandlung gemäß § 177 BGB. gehandelt habe, so ist das nicht zu billigen.

Die Genehmigung, um die es sich handelte, sollte erteilt werden oder nicht erteilt werden zu dem von Sp. im Namen der G. m. b. H. „Grand Hotel Post“ mit der Beklagten abgeschlossenen Geschäfte; durch sie sollte der an sich rechtsunwirksame Vertragsabschluß erst zu einem rechtlich wirksamen werden. Die Genehmigung nach § 177 bildete also ein notwendiges Erfordernis für das Zustandekommen des Vertrags. Unter diesen Umständen kann nicht bezweifelt werden, daß es sich bei der Beschlußfassung über die Genehmigung um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts der G. m. b. H. gegenüber der Beklagten handelte, und daß deshalb nach § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG. die Beklagte kein Stimmrecht hatte. Konnte die Genehmigung gemäß § 177 zunächst auch dem Vertreter gegenüber erfolgen, so war doch das Rechtsgeschäft, dessen Vornahme genehmigt werden sollte (die Einigung über die Hypothekbestellung), ein solches, das „gegenüber“, nämlich mit der Beklagten, abzuschließen war, und die Abstimmung betraf dieses Rechtsgeschäft.

Allein dem Landgerichte kann darin nicht beigegeben werden, daß es annimmt, ein Verstoß gegen § 47 Abs. 4 GmbHG. bewirke die absolute Nichtigkeit des Beschlusses, die von jedem Dritten geltend gemacht werden könne, ohne daß es einer Anfechtung des Beschlusses durch einen Gesellschafter bedürfe. Eine solche Nichtigkeit tritt nach übereinstimmender Rechtslehre nur dann ein, wenn der Verstoß eine zwingende, keiner Abänderung durch die Festsetzungen der Beteiligten fähige Vorschrift des Gesetzes betrifft, während Verstöße gegen dispositive Gesetzesvorschriften durch das Unterbleiben einer Anfechtung geheilt werden (§ 134 BGB.).

Vgl. Sachenburg, GmbHG. zu § 45 Anm. 15; Parisius-Trüger, ebenda Anm. S. 241.

Nach § 45 des Gesetzes finden aber die Vorschriften der §§ 46 bis 51 nur in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages Anwendung. Zu diesen, sonach ausdrücklich vom Gesetz als dispositives Recht bezeichneten Vorschriften gehört auch der hier in Frage stehende Absatz 4 des § 47. Mit Recht nimmt deshalb Sachenburg zu § 47 Anm. 26 an, daß durch den Gesellschaftsvertrag auch das Mitstimmen der in § 47 Abs. 4 bezeichneten Beteiligten gestattet werden kann. Die gleiche Ansicht vertritt Parisius-Trüger 5. Aufl. zu § 47 Anm. 4 Abs. 2 (S. 250). Die Ansicht des Landgerichts wird dagegen von Foertsch vertreten (zu § 47 Anm. 3 Abs. 2). Seiner Auffassung, daß eine das Mitstimmen zulassende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages „direkt den Charakter des Unfittlichen annehmen würde“, kann aber wenigstens für den hier in Frage stehenden Fall, wo es sich um den Abschluß eines Rechtsgeschäfts des Gesellschafters mit der Gesellschaft handelt, nicht beigetreten werden, da eine Mitwirkung zum Kontrahieren mit sich selbst keineswegs unter allen Umständen als den guten Sitten widersprechend anzusehen ist, wie schon daraus hervorgeht, daß einem Vertreter gemäß § 181 BGB. das Kontrahieren mit sich selbst gestattet werden kann. Auch dem Grubenvorstand einer Gewerkschaft hat das Reichsgericht das Recht zugesprochen, bei seiner Entlastung mitzustimmen (RGZ. Bd. 4 S. 304 und V. 404/1914, Urteil vom 27. Februar 1915). Nun entnimmt allerdings das Landgericht auch aus den besonderen Umständen des vorliegenden Falles, daß ein Mitstimmen der Beklagten bei der Beschlussfassung über die Ge-

nehmung oder Nichtgenehmigung der Hypothekbestellung gegen Treu und Glauben verstoßen habe. Die tatsächlichen Feststellungen, auf welche diese Ausführungen des Landgerichts sich gründen, hat in dessen der Berufungsrichter nachgeprüft, und er hat sie sich nicht zu eigen gemacht, hat vielmehr ausdrücklich dahingestellt gelassen, ob der Beschluß der Gesellschafterversammlung um deswillen nichtig sei, weil er den guten Sitten widersprochen habe. Die Feststellungen des Landgerichts bilden deshalb keine prozeßgerechte Grundlage zur Aufrechterhaltung des Berufungsurteils in der jetzigen Revisionsinstanz, und es kann bei dieser Sachlage unerörtert bleiben, ob sie zur Annahme einer Nichtigkeit des Beschlusses hinreichen würden.“ . . .