



1. Die Parteifähigkeit einer Vor-GmbH entfällt, wenn die Gesellschafter die Eintragungsvoraussetzungen nicht mehr herbeiführen können oder wollen und wenn sie die Gesellschaft gleichwohl nicht alsbald im ordentlichen Verfahren abwickeln.
2. Die in solchen Fällen in Betracht zu ziehende BGB-Gesellschaft ist zwar parteifähig, muss aber mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelungen von allen Gesellschaftern vertreten werden.

§ 50 ZPO, § 2 GmbHG

Urteil des OLG Hamm vom 19.07.2006 – 20 U 214/05 –

Das OLG hat vorliegend die Klage einer sich als Vor-GmbH gerierenden Klägerin mangels Parteifähigkeit als unzulässig abgewiesen. Die Klägerin sei keine Vor-GmbH (mehr). Zwar unterstehe eine Vor-GmbH, die selbst noch keine juristische Person sei, bereits dem Recht der GmbH, könne Trägerin von Rechten und Pflichten und im Zivilprozeß passiv und aktiv parteifähig sein. Die Voraussetzungen, unter denen eine Vor-GmbH anerkannt werde, entfielen allerdings dann, wenn die Gesellschafter die Eintragungsvoraussetzungen nicht mehr herbeiführen könnten oder wollten und wenn sie die Gesellschaft gleichwohl nicht alsbald im ordentlichen Verfahren abwickelten (h.M., im Urteil zitiert; vgl. auch Bigge/Merten in BG 04/06, S. 177 f). Nach Ansicht des Senats war dies hier gegeben. Als jedenfalls fehlgeschlagene Vorgesellschaft unterliege die Klägerin nicht dem Recht der GmbH; vielmehr sei sie nach den für die BGB-Gesellschaft geltenden Vorschriften zu beurteilen.

Das OLG hat sodann folgerichtig geprüft, ob die Klägerin als BGB-Gesellschaft parteifähig war. Es sei zwar richtig, daß einer (Außen-)GbR auch im Aktivprozeß Parteifähigkeit zukomme. Zulässig sei die Klage einer GbR jedoch nur, wenn die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft gegeben sei. Gesetzliche Vertreter seien nach § 714 BGB im Zweifel alle Gesellschafter gemeinschaftlich. Werde die Klage (wie hier) nur von einem Gesellschafter im Namen der GbR erhoben - ohne Nachweis seiner Alleinvertretungsbefugnis durch Gesellschaftsvertrag oder entsprechenden Gesellschafterbeschluss - sei die Klage unzulässig.

Das **Oberlandesgericht Hamm** hat mit **Urteil vom 19.07.2006 – 20 U 214/05 –** wie folgt entschieden:

Tatbestand

I.

Die Klägerin tritt als eine Vor-GmbH auf und begehrt die Feststellung, daß die Beklagte als Haftpflichtversicherer ihr Versicherungsschutz auf Grund eines Haftpflichtversicherungsvertrages Nr. ... wegen von der Fa. C OHG und dem Bauherrn T3 erhobener Ansprüche aus Anlaß eines Schadensfalles vom 09.10.2003 zu gewähren habe.

Durch notariellen Vertrag vom 23.07.2003 (UR Nr. .../...Notar I in Q) errichteten die Gesellschafter F und T eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Firmennamen "B-GmbH" mit Sitz in D. Das Stammkapital der Gesellschaft sollte 25.000,00 € betragen; beide Gesellschafter übernahmen Stammeinlagen von je 12.500,00 €.

Zum ersten Geschäftsführer der GmbH wurde T2 bestellt.



Am 05.08.2003 meldete der Geschäftsführer T2 für die B-GmbH i.G. bei der Stadt H2 das Gewerbe "Erstellung von Wohnhäusern und Sanierung sowie der Handel mit Baustoffen sowie Gütern verschiedener Art, die zur Erbringung von Bauleistungen erforderlich sind" zum Gewerberegister an.

Unter dem 15.08.2003 beantragte der Gesellschafter T über den B2, Geschäftsstelle H2, bei der Beklagten für die B GmbH den Abschluß einer Haftpflichtversicherung für Betriebe. Die Beklagte nahm den Antrag an und übersandte den Versicherungsschein vom 16.09.2003 (Vers.Nr. ...). Der Beginn der Versicherung war zum 01.09.2003 vereinbart.

Unter dem 03.09.2003 unterschrieb der Gesellschafter T für die B GmbH einen Bauvertrag mit der Firma C OHG. Vertragsgegenstand war die "Übernahme des Vertrages mit der Firma K", einem Einzelunternehmen des T ohne fest beschäftigte Mitarbeiter; bei den auszuführenden Leistungen handelte es sich um Restleistungen für Abbruch, Erd- und Entwässerungskanalarbeiten und Stahlbau für das Objekt "C2-straße" in H des Bauherrn T3, für den die Firma C OHG als Generalunternehmer tätig war. Die begonnen Leistungen der Firma J waren fertigzustellen (§ 1 des Bauvertrages - Anlage K 2) sowie weitere Leistungen auszuführen. Es wurde eine Vergütung von 65.000,00 € vereinbart, wobei diese Summe die bereits an die Firma J gezahlten Abschlagsrechnungen beinhalten sollte (§ 3 des Bauvertrages - Anlage K 2).

Am 09.10.2003 kam es aufgrund von Unterfangungsarbeiten am Gebäude "C2-straße" durch ein zu weites Untergraben des Fundamentes zu einer Setzung der straßenseitigen Außenwand des Gebäudes mit horizontalen Rissen in den Decken und Wänden. Das Überwachungsprotokoll des Ingenieurbüros N vom 09.10.2003 (Anlage K 3), in dem Herr T als für die Fa. J anwesend aufgeführt ist, weist "Risschäden im Mauerwerk, verursacht durch nicht genehmigte Unterfangungsarbeiten" aus.

Der Gesellschafter T meldete der Beklagten den Schadensfall vom 09.10.2003 telefonisch.

Am 17.10.2003 schlug der Versuch der Beklagten, die Erstprämie für den Versicherungsvertrag Nr. ... von dem im Antrag vom 15.08.2003 angegebenen Konto abzubuchen, mangels Deckung fehl. Am 20.11.2003 zahlte der Gesellschafter T den Erstbeitrag von 221,28 € in bar auf das Konto der Beklagten bei der Q-Bank ein.

Mit Schreiben vom 08.01.2004 verweigerte die Beklagte Versicherungsschutz für den Schadensfall vom 09.10.2003 und kündigte den Versicherungsvertrag sowohl aus Anlaß des Schadenfalles als auch aus wichtigem Grund.

Die Klägerin hat - vertreten zunächst durch den Geschäftsführer T2 - Klage auf Feststellung erhoben, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihr Versicherungsschutz für den Schadensfall vom 09.10.2003 zu gewähren.

Die finanzielle Situation der Klägerin verschlechterte sich; sie macht dafür die Nichtregulierung des Schadenfalles durch die Beklagte verantwortlich. Nach "festgestellter Gewerbeaufgabe" wurde die Klägerin zum 31.08.2004 aus dem Gewerberegister der Stadt H2 von Amts wegen abgemeldet.



Der Geschäftsführer T2 hat inzwischen die Klägerin verlassen und sein Amt durch Erklärung gegenüber dem Gesellschafter T niedergelegt. Seither tritt der Gesellschafter T unter Berufung auf eine ihm von T2 am 22.07.2003, also vor dessen notarieller Bestellung als Geschäftsführer, erteilte Generalvollmacht als Vertreter der Klägerin auf.

Die Klägerin, die nicht in das Handelsregister eingetragen wurde, hat sich als Vor-GmbH für parteifähig und prozeßführungsbefugt gehalten.

Sie hat behauptet, der Schaden vom 09.10.2003 sei durch Baggerarbeiten entstanden, die der Gesellschafter T und der Geschäftsführer T2 am 08.10.2003 zur Vorbereitung der am folgenden Tag durchzuführenden Unterfangungsarbeiten ausgeführt hätten.

In dem Überwachungsprotokoll des Ingenieurbüros N vom 09.10.2003 und ebenso in der Ordnungsverfügung des Bauordnungsamtes H sei Herr T irrtümlich als Vertreter der Firma J aufgeführt; tatsächlich seien die Arbeiten von ihr, der Klägerin, durchgeführt worden. Sie werde von der Firma C OHG sowie von dem Bauherren auf Schadensersatz in Anspruch genommen; es lägen inzwischen mehrere rechtskräftige Titel gegen sie vor.

Die Beklagte habe Versicherungsschutz zu leisten und sei nicht etwa wegen verspäteter Zahlung der Erstprämie leistungsfrei geworden, denn ihr, der Klägerin, sei vor der Abbuchung keine Zahlungsaufforderung zugegangen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

Sie hat die Aktivlegitimation der Klägerin und die Existenz einer B GmbH mit einem Geschäftsführer T2 bestritten.

Sie hat sich für leistungsfrei gehalten, da die Abbuchung der Erstprämie mangels Deckung auf dem im Versicherungsantrag angegebenen Konto fehlgeschlagen sei.

Sie hat bestritten, daß die B GmbH an dem Bauvorhaben "C2-straße" tätig gewesen sei. Tatsächlich seien die Arbeiten von T mit seiner Firma J ausgeführt worden. Der Bauvertrag vom 03.09.2003 sei ein Scheinvertrag.

Das Landgericht hat zum Schadenshergang Beweis erhoben und sodann dem Klageantrag entsprochen. Auf den Inhalt des am 01.09.2005 verkündeten Urteils wird auch wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz Bezug genommen.

Die Beklagte greift das Urteil mit der Berufung an und verfolgt ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Sie rügt, das Landgericht sei fälschlich von der Parteifähigkeit der Klägerin ausgegangen.

Tatsächlich sei die B GmbH nie zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet worden. Eine B GmbH sei nicht existent.

Sie wiederholt ihre Auffassung, wonach Leistungsfreiheit wegen der nicht rechtzeitigen Einlösung der Erstprämie eingetreten sei.



Sie wiederholt und vertieft ihre Behauptung, bei dem Bauvertrag vom 03.09.2003 handele es sich um ein Scheingeschäft mit dem Zweck, von der - nicht versicherten - Firma J verursachte Schäden auf die Beklagte abzuwälzen. Sie beruft sich insoweit auf das Zeugnis des Gesellschafters F, der sie telefonisch von einem geplanten Versicherungsbetrug informiert habe.

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung.

Sie ist der Ansicht, ihre Parteifähigkeit resultiere aus ihrer Existenz als Vor-GmbH. Die Beklagte sei der ihr obliegenden Beweislast zur behaupteten angeblichen Nichtexistenz in erster Instanz nicht nachgekommen. Neuer Vortrag der Beklagten dazu sei als verspätet zurückzuweisen.

Ergänzend führt sie zu ihrer Parteifähigkeit aus, es bestehe nach wie vor die Absicht, die B GmbH zur Eintragung ins Handelsregister gelangen zu lassen. Ihre Existenz sei durch ihre geschäftlichen Tätigkeiten auch auf Baustellen in H2 belegt. Noch im Juli 2004 sei ihr von der Bundesagentur für Arbeit ein Eingliederungszuschuß für einen neu eingestellten Arbeitnehmer gewährt worden. Nur die unterbliebene Regulierung des Schadensfalles durch die Beklagte habe wegen der dadurch verursachten finanziellen Schwierigkeiten zur Einstellung des Gewerbes geführt; insoweit sei ihr Geschäftsbetrieb in der Hoffnung auf die Gewährung des vertraglich geschuldeten Deckungsschutzes ruhend gestellt, bis sich eine bessere Auftragslage ergebe.

Die Eintragung habe sich sowohl durch die finanziellen Schwierigkeiten als auch durch die Inhaftierung des Gesellschafters F verzögert. Dieser sei jedoch nicht als Gesellschafter ausgeschieden, so daß bei fortbestehender Eintragsabsicht zum Handelsregister die VorGmbH weiterhin existent und damit parteifähig sei.

Wegen weiterer Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze und die eingereichten Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

II.

Die Berufung ist zulässig und begründet.

Sie führt zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und zur Abweisung der Klage als unzulässig.

1. Die Klägerin ist nicht parteifähig.

Bei Fehlen der Prozeß- und Parteifähigkeit ist das gesamte Verfahren unzulässig und die Klage deshalb abzuweisen (Zöller/Vollkommer, Vor § 50 Rn. 17).

Die Prüfung der Parteifähigkeit erfolgt von Amts wegen (§ 56 Abs. I ZPO), und zwar in jeder Verfahrenslage und in jedem Rechtszug (Zöller/Vollkommer, aaO. § 56 Rn. 2).



Die Ausführungen der Klägerin zur Beweislast der Beklagten für ihre, der Klägerin, "angebliche Nichtexistenz" und zur Verspätung des Vortrags in zweiter Instanz gehen fehl, zumal es im Aktivprozeß Sache der Klägerin ist, ihre Parteifähigkeit darzulegen.

Daß die Klägerin mangels Eintragung ins Handelsregister keine Rechtsfähigkeit als juristische Person und als solche keine Parteifähigkeit erlangt hat, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Die Klägerin nimmt nicht für sich in Anspruch, eine eingetragene GmbH zu sein. Sie hat deshalb auch zuletzt die Vor-GmbH als Klägerin bezeichnet.

Die Klägerin ist aber - entgegen der von ihr vertretenen Auffassung - auch keine VorGmbH und wäre im übrigen als eine solche durch den zuletzt für sie auftretenden Gesellschafter T auch nicht in zulässiger Weise vertreten.

Eine Vor-GmbH oder GmbH i.G. (in Gründung) wird mit dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nach § 2 GmbHG errichtet, in dem sich die Gesellschafter zur Gründung einer Gesellschaft zusammenschließen, zur Leistung der Stammeinlagen verpflichten und die Organisation der Gesellschaft ins Leben rufen. Die Vor-GmbH ist noch keine juristische Person, aber sie untersteht bereits dem Recht der GmbH, kann Trägerin von Rechten und Pflichten (vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. § 34 III.3) und im Zivilprozeß passiv und aktiv parteifähig sein (BGH, Urt.v. 28.11.1997 - V ZR 178/96 - NJW 1998, 1079).

Die Vor-GmbH ist eine notwendige Vorstufe - ein Durchgangsstadium - zur GmbH; sie ist nicht auf Dauer angelegt, sondern ihrem Ziel nach darauf gerichtet, sich durch Eintragung in das Handelsregister in eine GmbH umzuwandeln.

Aber auch, wenn die Vor-GmbH vor ihrer Eintragung ins Handelsregister aufgelöst wird, finden nach heute überwiegender Ansicht die Bestimmungen über die Auflösung der GmbH entsprechende Anwendung. Die Vor-Gesellschaft wird dann als Vor-GmbH i.L. nach den Vorschriften über die Auflösung der GmbH liquidiert (Scholz/Karsten Schmidt, GmbHG, § 11 Rn. 141, BGH, aaO.) mit der Folge, daß sie bis zu ihrer Vollbeendigung weiterhin Trägerin von Rechten und Pflichten und ihre Parteifähigkeit bestehen bleibt.

Die Voraussetzungen, unter denen eine Vor-GmbH anerkannt wird, entfallen allerdings dann, wenn die Gesellschafter die Eintragungsvoraussetzungen nicht mehr herbeiführen können oder wollen und wenn sie die Gesellschaft gleichwohl nicht alsbald im ordentlichen Verfahren abwickeln. Die Aufgabe der Eintragungsabsicht und damit das Scheitern der Gründung läßt sich in aller Regel aus den Umständen ableiten, so, wenn die Gesellschafter keinen Eintragungsantrag stellen (BGH, Urt.v. 04.11.2002 - II ZR 204/00 - BGHZ 152, 290 = NJW 2003, 429 = DNotZ 2003, 212).

Führen die Gesellschafter einen Gewerbebetrieb, der Gegenstand einer GmbH i.G. war, nach Aufgabe der Eintragungsabsicht jedoch weiter, so ist der dann bestehende Personenzusammenschluß nicht mehr als Vorgesellschaft zu behandeln, sondern er unterliegt als eine unechte bzw. fehlgeschlagene Vorgesellschaft dem Recht der Personengesellschaften, mithin je nach Geschäftsart und Geschäftsumfang dem der OHG oder der BGB-Gesellschaft (vgl. Karsten Schmidt/Scholz, aaO. § 11 Rn. 143; Hueck/Fastrich, GmbHG, § 11 Rn. 32; BGH, Urt.v. 28.11.1997, aaO.).



Den Gläubigern einer Vor-GmbH wird eine persönliche Inanspruchnahme der Gründungsgesellschafter versagt. Das wird dadurch gerechtfertigt, daß eine Kapitalgesellschaft notwendig ein Vorstadium durchlaufen muß und deren Gläubiger erwarten dürfen, sich wegen ihrer Ansprüche an eine alsbald entstehende GmbH mit einem gesetzlich kontrollierten und garantierten Haftungsfonds halten zu können. Gelangt jedoch die GmbH mangels Eintragung nicht zur Entstehung, müssen die Gründer die Geschäftstätigkeit sofort einstellen und die Vorgesellschaft abwickeln, andernfalls sie sich als Personengesellschaft behandeln lassen müssen mit der Folge der persönlichen gesamtschuldnerischen Haftung (BGH, Urt.v. 04.11.2002, aaO.).

Eine fehlgeschlagene Vorgesellschaft ist keine werdende juristische Person mehr, die durch Eintragung in eine GmbH überführt werden kann, sondern sie ist eine Personengesellschaft, die nur unter den Voraussetzungen der Umwandlung zu einer Kapitalgesellschaft werden kann. Fehlgeschlagen ist die Gründung nicht erst bei einer definitiven Aufgabe der Eintragungs- oder Abwicklungsabsicht der Gesellschafter, sondern die nachhaltige Vernachlässigung der Herbeiführung der Eintragung durch die Gründer genügt, eine VorGesellschaft entfallen zu lassen (Karsten Schmidt/Scholz, aaO., Rn. 143).

Es kann dahinstehen, ob die Parteien des Gesellschaftsvertrags vom 23.07.2003 überhaupt jemals die (zeitnahe) Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister beabsichtigten. Der Umstand, daß die Stammeinlagen unstreitig nie gezahlt worden sind und deshalb die Eintragungsvoraussetzungen zu keiner Zeit vorgelegen haben, spricht eher dagegen und mehr dafür, daß schon von Anfang an nur eine unechte Vor-GmbH errichtet werden sollte.

Jedenfalls aber ist im Laufe des Rechtsstreits deutlich geworden, daß die Gründungsgesellschafter die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister nicht ernsthaft betrieben haben, so daß die Voraussetzungen einer Vor-GmbH nicht festgestellt werden können, die Gründung einer GmbH - so sie jemals beabsichtigt gewesen sein sollte - vielmehr fehlgeschlagen ist.

Die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung haben ergeben, daß der Gesellschafter T die Vorstellung hegte, die Gesellschafter würden durch die Gewerbetätigkeit der Gesellschaft vor Eintragung Gewinne erwirtschaften und dadurch erst in die Lage versetzt werden, die Stammeinlagen aufzubringen. Daß diese Vorstellung dem Wesen der Vorgesellschaft als notwendigem Durchgangsstadium zur GmbH eklatant widerspricht und mit den schutzwürdigen Interessen der Gläubiger unvereinbar ist, liegt nach den obigen Ausführungen zu den Voraussetzungen der VorGmbH auf der Hand.

Die Prozeßbehauptung der Klägerin, die Eintragung sei weiterhin beabsichtigt und ein Eintragungsantrag gestellt worden, ist unsubstantiiert und im übrigen auch schon deshalb nicht schlüssig, weil der Antrag auf Eintragung einer GmbH ohne Nachweis der Einzahlung des unstreitig nicht aufgebrauchten Stammkapitals nicht zum Erfolg führen kann und damit ins Leere gehen würde. Unsubstantiiert ist der Vortrag überdies deshalb, weil die Beklagte schon in erster Instanz durch Vorlage einer Auskunft des Registergerichts belegt hatte, daß eine B GmbH nicht in der Namenskartei des Registergerichts enthalten war (Anlage B 2 - Bl. 38 GA), woraus zu schließen war, daß ein Eintragungsverfahren eben nicht anhängig war. Die entgegenstehende Behauptung der Klägerin, das Eintragungsverfahren laufe, war ohne Angabe eines Aktenzeichens und ohne die der Klägerin zuzumutende Konkretisierung, wann und von wem ein Antrag gestellt worden sei, unsubstantiiert



und überdies offensichtlich unwahr: Nach Auskunft des Amtsgerichts Gera vom 17.11.2005 (Anlage B 9 - Bl. 289 GA) hat die Klägerin nie einen Eintragungsantrag gestellt.

Nach einem gerichtlichen Hinweis zu Bedenken gegen ihre Parteifähigkeit hat die Klägerin auch lediglich ein Schreiben des T2 vom 09.04.2004, beim AG Gera eingegangen am 29.03.2004, vorgelegt (Anlage K 20 - Bl. 331 GA), das vom Registergericht unverzüglich zurückgesendet worden war. Dieses Schreiben enthält ersichtlich keinen Antrag auf Eintragung der GmbH ins Handelsregister. Zeitlich war es von dem zum Geschäftsführer bestellten T2 erst veranlaßt worden, nachdem die Beklagte in ihrer Klageerwiderung die fehlende Parteifähigkeit der Klägerin gerügt hatte.

Ohne Erfolg bleibt der Versuch der Klägerin, in Verkenning der rechtlichen Voraussetzungen der Vorgesellschaft ihre Parteifähigkeit mit den entfaltenen geschäftlichen Aktivitäten zu begründen. Der Umstand, daß die Klägerin über das Objekt "C2-straße" in H hinaus auch an weiteren Objekten in H2 gearbeitet, daß sie Mitarbeiter eingestellt und öffentliche Gelder (Eingliederungsbeihilfen) kassiert hat, belegt nur, daß sie ihre Geschäftstätigkeit ohne Rücksicht auf die nicht betriebene und wegen fehlender Finanzausstattung auch nicht zu erreichende Eintragung ins Handelsregister fortgesetzt und die an sich gebotene Liquidation unterlassen hat.

Als jedenfalls fehlgeschlagene Vorgesellschaft unterliegt die Klägerin nicht dem Recht der GmbH; vielmehr ist sie nach den für die BGB-Gesellschaft geltenden Vorschriften zu beurteilen.

2. Die Argumentation der Klägerin, sie sei, wenn schon nicht als Vor-GmbH, so jedoch als BGB-Gesellschaft parteifähig, verhilft ihr nicht zum Erfolg. Eine Umdeutung der Klage der Vor-GmbH in eine Klage einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. ein Parteiwechsel führen nicht zur Zulässigkeit der Klage.

Richtig ist allerdings, daß einer (Außen-)GbR auch im Aktivprozeß Parteifähigkeit zukommt (so seit BGH, Urt.v.29.01.2001 - II ZR 331/00 - NJW 2001, 1056).

Zulässig ist die Klage einer GbR jedoch nur, wenn die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft gegeben ist. Gesetzliche Vertreter sind nach § 714 BGB im Zweifel alle Gesellschafter gemeinschaftlich. Wird die Klage nur von einem Gesellschafter im Namen der GbR erhoben, ohne daß seine Alleinvertretungsbefugnis durch den Gesellschaftsvertrag oder einen entsprechenden Gesellschafterbeschluß nachgewiesen ist, ist die Klage unzulässig und unterliegt der Abweisung auf Kosten des ohne Vertretungsmacht handelnden Gesellschafters (vgl. Karsten Schmidt, Besprechung des Grundlagenurteils II ZR 331/00 in NJW 2001, 993 (999 re.Sp)).

Die Klage ist von Anbeginn nicht als Klage einer GbR erhoben worden, sondern als Klage der GmbH. Der zunächst als Vertreter der Klägerin auftretende Geschäftsführer T2 hätte zwar anders als zuletzt der Gesellschafter T - eine Vor-GmbH vertreten können, so sie denn existiert hätte. Nicht jedoch konnte er eine aus der fehlgeschlagenen Vor-GmbH entstandene Gesellschaft bürgerlichen Rechts vertreten: Im Recht der GbR ist - anders als im Recht der GmbH - die Fremdgeschäftsführung nicht vorgesehen (Karsten Schmidt, Ge-



sellschaftsrecht, § 14 II.2.a)), sondern es besteht das Prinzip der Selbstorganschaft. Als Klage einer GbR - vertreten durch den Geschäftsführer T2 - wäre die Klage danach ebenfalls von Anfang an unzulässig gewesen.

Auch der Gesellschafter T kann eine aus der fehlgeschlagenen VorGmbH hervorgegangene GbR nicht wirksam vertreten, da mangels abweichender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag eine Alleinvertretung durch nur einen Gesellschafter nicht möglich ist; vielmehr richtet sich die Vertretung der Gesellschaft nach der Geschäftsführung (§ 714 BGB), die ohne abweichende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht (§ 709 BGB). Mithin kann die aus der fehlgeschlagenen VorGmbH hervorgegangene GbR wirksam nur von den Gesellschaftern T und F gemeinsam vertreten werden. Der Gesellschafter F hat jedoch unstreitig die streitgegenständlichen Ansprüche bislang nicht verfolgt, sondern ist im Gegenteil an die Beklagte mit einer Warnung vor einem beabsichtigten Versicherungsbetrug herangetreten.

Aus der ihm erteilten "Generalvollmacht" des Geschäftsführers T2 vom 22.07.2003 kann der Gesellschafter T keine Befugnis zum Handeln für eine GbR herleiten. Zum einen ging die Vollmacht vom 22.07.2003 ohnehin ins Leere, weil T2 bei Erteilung der Vollmacht noch nicht einmal zum Geschäftsführer der B GmbH i.G. bestellt worden war und deshalb nicht in deren Vertretung handeln konnte, so daß schon die Bevollmächtigung des Gesellschafters T, für eine Vor-GmbH zu handeln, unwirksam war. Zum anderen hatte der Geschäftsführer T2 selbst keine Vollmacht, für eine GbR zu handeln und konnte somit auch keine Vollmacht zum Handeln in deren Namen erteilen.

Schlußendlich liegen auch die Voraussetzungen einer *actio pro socio* sowie die einer gewillkürten Prozeßstandschaft nicht vor.

Die bereits dargelegten Geschäftsführungs- und Vertretungsregelungen im Recht der GbR geben einem einzelnen Gesellschafter nicht die Befugnis, Gesellschaftsforderungen gegen einen Dritten gemäß § 432 BGB geltend zu machen; etwas anderes wird nur dann anerkannt, wenn der Gesellschafter ein berechtigtes Interesse dardat, wenn die übrigen Gesellschafter die Einziehung der Forderung aus gesellschaftswidrigen Gründen verweigern und der Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten der anderen Gesellschafter beteiligt ist (vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 59 III, 3 mit Nachweisen). Eine gesellschaftswidrige Weigerung der Mitwirkung durch den Mitgesellschafter F ist nicht dargetan.

Eine Klage des Gesellschafters T im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft (vgl. dazu BGH, Urt.v. 12.10.1987 - II ZR 21/87 - NJW 1988, 1585) scheidet an der fehlenden Ermächtigung des Mitgesellschafters.

Im Ergebnis ist die Klage auch dann mangels wirksamer Vertretung der GbR nicht zulässig, wenn der Gesellschafter T im Wege eines Parteiwechsels für eine GbR als Klägerin auftreten wollte.

Der Senat sah keine Veranlassung, der Klägerin die von ihrer Prozeßbevollmächtigten beantragte Schriftsatzfrist einzuräumen.



Die Klägerin war auf die Problematik der Parteifähigkeit schon in der Ladungsverfügung hingewiesen worden. Die Rechtslage hinsichtlich der Vertretung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist in der mündlichen Verhandlung erschöpfend erörtert worden.

Im Tatsächlichen war unstreitig, daß weder der Gesellschaftsvertrag den Gesellschafter T zur Alleinvertretung einer GbR ermächtigte noch ein Gesellschafterbeschluß gefaßt worden war, der den Gesellschafter T zur Einzelvertretung bevollmächtigte.

Im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung lagen somit die tatsächlichen Voraussetzungen einer zulässigen Klage der GbR, vertreten durch den Gesellschafter T, nicht vor.

Es ist nicht Sinn der richterlichen Hinweispflicht (§ 139 ZPO), den Parteien Gelegenheit zu verschaffen, als Reaktion auf einen erteilten rechtlichen Hinweis geänderte tatsächliche Verhältnisse herbeizuführen, um Klagehindernisse auszuräumen. Neuer Tatsachenstoff kann nach Schluß der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgereicht werden (BGH, Urt.v. 12.10.1987, aaO.). Im Streitfall hätte der Gesellschafter F als weiterer Kläger gewonnen, dessen Ermächtigung eingeholt oder ein Gesellschafterbeschluß herbeigeführt werden müssen, um die bislang nicht vorliegenden Voraussetzungen für eine zulässige Vertretung der GbR zu schaffen.

3. Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 91 , 708 Nr. 10 , 711 ZPO . Die Kosten des Rechtsstreits waren dem Gesellschafter T aufzuerlegen, der die Klage der nicht prozeßfähigen unechten Vor-GmbH veranlaßt hat.