

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 110/70

URTEIL

Verkündet am

13. Juli 1972

Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

1.

2.

3.

4.

5.

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr v.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1972 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundes-
richter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden die Urteile
des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesge-
richts Frankfurt am Main vom 13. Mai 1970 - 13 U 83/69 -
und der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts
Darmstadt vom 25. März 1969 - 12. O 37/68 - im Kosten-
punkt und insoweit aufgehoben, als sie den Beklagten
zu 1 betreffen.

Das Versäumnisurteil vom 16. Mai 1968 wird aufrecht-
erhalten, soweit der Beklagte zu 1 zur Zahlung auf
die Wechselsumme mit Zinsen verurteilt worden ist.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Den Beklagten zu 1 und 2 fallen die Kosten zur Last,
die durch ihre Versäumnis im ersten Rechtszug ver-
anlaßt worden sind.

Von den übrigen Kosten des ersten Rechtszuges tragen:
Der Kläger: 8/9 der Gerichtskosten, 16/20 seiner
außergerichtlichen Kosten, 1/10 der außergerichtlichen
Kosten des Beklagten zu 1 und die außergerichtlichen
Kosten der Beklagten zu 2 bis 5; der Beklagte zu 1: 1/9
der Gerichtskosten, 9/10 seiner außergerichtlichen
Kosten und 3/20 der außergerichtlichen Kosten des Klä-
gers.

Von den Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz
tragen: Der Kläger: 4/5 der Gerichtskosten und seiner
außergerichtlichen Kosten sowie die außergerichtlichen
Kosten der Beklagten zu 2 bis 5; der Beklagte zu 1: 1/5
der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten
des Klägers sowie seine außergerichtlichen Kosten.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber eines am 10. Dezember 1966 ausgestellten, von dem Kaufmann Balzer angenommenen Wechsels über 7.840 DM, der bei Fälligkeit am 10. März 1967 nicht eingelöst wurde. Als Ausstellerin ist die nicht im Handelsregister eingetragene Firma "G [REDACTED] & Co. GmbH KG Bauausführungen" in Darmstadt angegeben. Unter dieser Bezeichnung trägt der Wechsel die Unterschrift des Beklagten zu 1, der Geschäftsführer der G [REDACTED] & Co. GmbH war.

Der Wechsel gelangte durch Blankoindossament an die Firma K [REDACTED]-F [REDACTED] und von dieser an die Kurhessischen Gipswerke Peter O [REDACTED] & Co.. Wechselinhaberin war bei Fälligkeit die Hessische Landesbank Girozentrale, Niederlassung Darmstadt, für die der Wechsel am 13. März 1967 zu Protest ging. Er wurde danach an die Kurhessischen Gipswerke Peter O [REDACTED] & Co. zurückgegeben. Diese traten ihre Ansprüche aus dem Wechsel an den Kläger ab.

Der Kläger nimmt die Beklagten als Kommanditisten der als Ausstellerin bezeichneten Kommanditgesellschaft im Wege des Rückgriffs unter anderem mit der Begründung in Anspruch, sie hafteten für Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft gemäß § 176 Abs. 1 HGB unbeschränkt, weil diese vor ihrer Eintragung im Handelsregister die Geschäfte aufgenommen hat und die Beklagten dem zugestimmt haben.

Die G [REDACTED] & Co. GmbH KG ist durch notariellen Vertrag vom 18. Juli 1966 von der seit 1961 bestehenden G [REDACTED] & Co. GmbH als alleiniger persönlich haftender Gesellschafterin

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sowie von den Beklagten und den Firma G [REDACTED] KG und K [REDACTED]-F [REDACTED] als Kommanditisten gegründet worden. Die nach dem Kommanditgesellschaftsvertrag allein geschäftsführungsberechtigte G [REDACTED] & Co. GmbH brachte als Einlage ihren Geschäftsbetrieb mit allen Aktiven und Passiven ein. Gegenstand des Unternehmens der GmbH wie auch der neu gegründeten Kommanditgesellschaft waren die Bauausführung aller Art sowie der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken. Als Gesellschaftsbeginn wurde der 1. Juli 1966 vereinbart. Die Geschäfte des von der GmbH eingebrachten Bauunternehmens wurden mit Zustimmung aller Gesellschafter alsbald von der neu gegründeten Gesellschaft übernommen und unter der Firma G [REDACTED] & Co. GmbH KG fortgeführt. Diese schloß unter dieser Bezeichnung in erheblichem Umfang Wechselgeschäfte ab. Sie wurde jedoch erst am 15. Dezember 1966 als Kommanditgesellschaft zum Handelsregister angemeldet. Das Registergericht lehnte die Eintragung im März 1967 ab, weil die Gesellschaft inzwischen den Geschäftsbetrieb eingestellt hatte.

Nachdem die Firma K [REDACTED]-F [REDACTED] auf den Klagewechsel 3.300 DM gezahlt hatte, hat der Kläger beantragt, die Beklagten gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 4.540 DM mit Zinsen - die Beklagte zu 1 und zu 2 unter Aufrechterhaltung des gegen sie in erster Instanz ergangenen Versäumnisurteils - zu verurteilen.

Die Beklagten haben geltend gemacht, die Wechselausstellerin sei, weil sie kein Grundhandelsgewerbe betreibe und nicht im Handelsregister eingetragen sei, nur

Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und damit nicht wechselfähig; infolgedessen hafteten auch sie nicht.

Beide Vorinstanzen haben die Klage unter Aufhebung des gegen die Beklagten zu 1 und zu 2 ergangenen Versäumnisurteils abgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der Klage gegen die Beklagten zu 2 bis 5 wendet. Dagegen hält das Berufungsurteil einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit es die Klage auch gegen den Beklagten zu 1 abgewiesen hat.

I. Eine gesellschaftsrechtliche Haftung der Beklagten kommt nicht in Betracht.

1. Nach § 176 Abs. 1 HGB haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginn der Kommanditgesellschaft vor ihrer Eintragung im Handelsregister zugestimmt hat, für die zwischen Geschäftsbeginn und Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich unbeschränkt wie ein persönlich haftender Gesellschafter. Das gilt nach § 176 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 2 HGB nicht, wenn die Gesellschaft kein Grundhandelsgewerbe

nach § 1 HGB betreibt. Fällt das Unternehmen nicht unter § 1 HGB, erfordert es aber nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb (§ 2 HGB), so wird die Gesellschaft als Kommanditgesellschaft nach außen erst mit der Eintragung wirksam, weil ihr Gewerbe erst dadurch zum Handelsgewerbe im Sinne des HGB wird und eine Kommanditgesellschaft den Betrieb eines solchen Handelsgewerbes voraussetzt (§ 161 Abs. 1 HGB). Bis dahin ist sie eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. So liegt es hier nach den zu treffenden Ausführungen des Berufungsgerichts.

a) Zu Unrecht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den Betrieb der G. & Co. GmbH KG nicht als Grundhandelsgewerbe angesehen hat.

Ein Bauunternehmer betreibt kein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 HGB. Seine Tätigkeit besteht nicht in der Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren, wie dies nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB zur Begründung der Kaufmannseigenschaft vorausgesetzt wird. Hierfür kann zwar, wie der Revision zuzugeben ist, mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung nicht allein der sachenrechtliche Gesichtspunkt maßgebend sein, daß die von dem Bauunternehmer angeschafften und für den Bau verwendeten Materialien anstatt durch rechtsgeschäftliche Übereignung auf dem Weg über die Verbindung mit dem Grundstück als wesentliche Bestandteile den Eigentümer wechseln. Entscheidend ist aber, daß der Bauunternehmer keinen Warenhandel betreibt.

Er schuldet nicht die Lieferung von Baustoffen, sondern die Errichtung eines Bauwerks. Im Vordergrund seiner Tätigkeit steht die Werkleistung, die plan- und werk-gerechte Ausführung des Gebäudes unter Einsatz von Personal, Maschinen, Gerätschaften und sonstigen Bau-einrichtungen. Die von ihm beschafften Baustoffe sind nur Hilfs- und Arbeitsmittel für die geschuldete Bau-leistung (BGH LM [Strafsachen] KO § 240 Nr. 8). Auch § 1 Abs. 2 Ziff. 2 HGB kommt für den Bauunternehmer nicht in Betracht. Darunter fallen nur die industrie-mäßig eingerichteten Lohnbetriebe, welche vom Besteller gelieferte Stoffe be- oder verarbeiten, also die Waren weder produzieren noch selbst anschaffen (Brüggemann in Großkomm. HGB 3. Aufl. § 1 Anm. 34).

Es mag sein, daß die Regelung der §§ 1 ff HGB unter heutigen Verhältnissen nicht mehr für alle Fälle be-friedigen kann. So könnte es wünschenswert und sachgerecht sein, dem Bauunternehmer ohne Registereintragung die Kauf-mannseigenschaft ebenso zuzuerkennen, wie das nach geltendem Recht anderen Betrieben des Baugewerbes zukommt, z. B. dem Baustoffhändler oder bestimmten Bauhandwerkern, bei denen die vorgefertigte oder katalogmäßige Lieferung von Waren überwiegendes Tätigkeitsmerkmal ist. Die Gerichte sind aber nicht befugt, vom Gesetzgeber gewollte Abgrenzungen durch andere, ihnen geeigneter erscheinende Merkmale zu ersetzen, zumal der Gesetzgeber die letzte Änderung des § 1 HGB durch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 13. März 1953 (BGBl I 106) nicht zum Anlaß genommen hat, die Bauunternehmen in den Kreis der Grundhandelsgewerbe einzubeziehen. Vor allem geht es um

der Rechtssicherheit willen und wegen der weitergehenden Folgerungen, die daraus gezogen werden könnten, auch nicht an, bei Bauunternehmen die Einordnung als Grundhandelsgewerbe etwa von Größe, Umsatz und Gesamtschnitt des Betriebs oder - bei einem Gesellschaftsunternehmen - von der Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter abhängig zu machen, wie die Revision es will. Die Betriebsgröße kann nach geltendem Recht für § 2, aber nicht im Rahmen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB eine Rolle spielen.

b) Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, war die Handelsregistereintragung zur Entstehung der Kommanditgesellschaft nicht deswegen entbehrlich, weil die neu gegründete Gesellschaft den gesamten vollkaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb der GmbH (ca. 130 Beschäftigte, Umsatz etwa 5 Millionen DM im Jahre 1965) übernommen und fortgeführt hat.

Die Eintragung ist zwar zur Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht notwendig, wenn diese einen schon für einen Einzelkaufmann eingetragenen, unter § 2 HGB fallenden Betrieb übernimmt und unter der bisherigen Firma fortführt, wie z. B. bei Aufnahme eines Gesellschafters durch den Einzelkaufmann. Mit dem Beginn der Geschäfte für Rechnung der Gesellschaft ist diese nach außen als Personenhandelsgesellschaft wirksam geworden (RG SeuffArch 95 Nr. 33). Denn das Unternehmen ist in diesem Fall bei Eintritt einer weiteren Person bereits Handelsgewerbe kraft Eintragung der Firma. Die Änderung in eine Gesellschaft hat deshalb

insofern keine konstitutive Bedeutung; sie betrifft nur den Inhaber und nicht das nach § 2 HGB schon als Handelsgewerbe entstandene und als solches von den Gesellschaftern lediglich weiterbetriebene Unternehmen.

Anders liegt es dagegen bei der Übernahme des Betriebes einer GmbH. Nach § 13 Abs. 3 GmbHG "gilt" die GmbH als "Handelsgesellschaft", und zwar ohne Rücksicht darauf, welche Geschäfte sie betreibt oder welchen Zweck sie sonst verfolgt (§ 1 GmbHG), allein aufgrund ihrer Rechtsform. Das sagt nichts darüber, ob ihr Unternehmen Handelsgewerbe im Sinne des HGB ist, mögen auch seine Geschäfte, solange die GmbH Inhaberin bleibt, als Handelsgeschäfte zu betrachten sein (§ 6 HGB), wie die Revision hervorhebt. Da aber der Betrieb eines Handelsgewerbes Tatbestandsvoraussetzung des § 161 HGB ist, läßt erst die konstitutiv wirkende Eintragung im Handelsregister die Kommanditgesellschaft zur Entstehung gelangen, wenn diese einen nicht unter § 1 HGB fallenden Betrieb einer GmbH übernommen hat.

Der Geschäftsführer der GmbH hat hiernach den Wechsel für eine als Handelsgesellschaft nicht existente Kommanditgesellschaft unterzeichnet. Damit entfällt eine Haftung der Beklagten nach § 176 HGB.

2. Die sich unter der Fehlbezeichnung verbergende bürgerlich-rechtliche Gesellschaft haftet ebenfalls nicht aus dem Wechsel. Der Klagewechsel ist zwar formal gültig, weil die Bezeichnung "G. & Co. GmbH KG" als Firma einer

selbständig im Rechtsverkehr handlungsfähigen Kommanditgesellschaft (§§ 161, 124 HGB) möglich ist und es für die Formgültigkeit nicht darauf ankommt, ob es den Bezeichneten tatsächlich gibt (BGH LM GmbHG § 11 Nr. 11). Aber selbst wenn man die Zeichnung für eine nicht bestehende Kommanditgesellschaft dahin auslegen könnte, daß damit in Wirklichkeit die BGB-Gesellschaft gemeint sei, würde diese nicht wechselfähig haften. Denn eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist nicht wechselfähig, weil sie als solche nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann (Baumbach/Hefermehl, WG 10. Aufl. Ein. Rn. 18). Infolgedessen haften die Beklagten auch nicht in der Eigenschaft als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts.

II. Die Zeichnung unter der Firma einer noch nicht existierenden Kommanditgesellschaft läßt sich auch nicht dahin umdeuten, daß die einzelnen Gesellschafter, die den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, persönlich aus dem Wechsel verpflichtet sein sollen. Denn das würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts doch die Wechselfähigkeit zuzuerkennen. Vor allem aber widerspräche es der eindeutigen Erklärung auf dem Wechsel, namens einer (wenn auch nur angeblich vorhandenen) für sich handlungs- und verpflichtungsfähigen Kommanditgesellschaft zu unterzeichnen, also deren Gesellschafter gerade nicht als einzelne, sondern nur in ihrer Verbundenheit zu einer im Rechtsverkehr selbständig auftretenden Handelsgesellschaft verpflichten zu wollen (vgl. Staub/Stranz, WG 13. Aufl. Art. 7 Anm. 8).

Die Streitfrage, wer bei Zeichnung für einen nicht rechtsfähigen Verein aus dem Wechsel haftet (vgl. dazu einerseits RGZ 112, 124, andererseits Baumbach/Hefermehl aaO Rn. 18 m. w. N.), ist hier ohne Interesse, da dieser Sachverhalt mit dem vorliegenden Fall einer Wechselzeichnung für eine angebliche Kommanditgesellschaft nicht vergleichbar ist.

III. Das Berufungsgericht verneint aus tatsächlichen Gründen eine Haftung der Beklagten aus veranlaßtem Rechtschein. Hiergegen ist rechtlich nichts einzuwenden. Es kann daher auf sich beruhen, ob dort, wo die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Rechtsscheinhaftung an sich gegeben sind, der "Schein-Kommanditist" sich auf seine Haftungsbeschränkung berufen kann.

IV. Es haftet aber der Beklagte zu 1 gemäß Art. 8 WG. Nach dieser Vorschrift haftet, wer auf einen Wechsel seine Unterschrift als Vertreter eines anderen setzt, ohne hierzu ermächtigt zu sein, selbst wechselfähig. Das gilt sinngemäß auch für denjenigen, der als Vertreter einer in Wirklichkeit nicht bestehenden oder nicht wechselfähigen Person oder Personenmehrheit unterzeichnet (Baumbach/Hefermehl aaO Art. 8 Anm. 2).

Freilich ist der Beklagte zu 1 für die angebliche Kommanditgesellschaft nicht aufgrund unmittelbarer Vertretungsmacht tätig geworden, sondern in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der GmbH, die ihrerseits als persönlich haftende Gesellschafterin die Kommanditgesellschaft nach § 125 HGB vertreten sollte. Dies ändert aber

nichts daran, daß er im Namen der Kommanditgesellschaft, die allein durch ihn verpflichtet werden sollte, aber wegen fehlender Eintragung wechselmäßig nicht verpflichtet werden konnte, seine Unterschrift auf den Wechsel gesetzt hat und darum im Sinne des Art. 8 WG als "Vertreter ohne Vertretungsmacht" anzusehen ist (vgl. BGHZ 58, 115, 117). Daß der einer wirksamen Vertretung entgegenstehende Mangel nicht in seinen Rechtsbeziehungen zur GmbH, sondern in deren Rechtsverhältnissen als Vertreterin einer noch nicht entstandenen Kommanditgesellschaft zu suchen ist, kann für die Haftung nach Art. 8 WG keine Rolle spielen. Denn diese Vorschrift dient, indem sie die Haftung für den Fall eines Vertretungsmangels an die einwandfrei feststellbare Tatsache der Unterzeichnung knüpft, der Klarheit und Rechtssicherheit im Wechselverkehr. Der Zeichner des Wechsels soll Gewähr dafür leisten, daß eine wechselmäßige Verpflichtung dessen, den er zu vertreten vorgibt, zustande kommt; er haftet daher selber, wenn der angegebene Wechselschuldner nicht existiert oder nicht richtig vertreten wird. Es wäre hiernach mit Wortlaut und Zweck des Art. 8 WG unvereinbar, die wechselmäßige Haftung des "nicht ermächtigten" Unterzeichners für den Fall, daß er seine angebliche Vertretungsmacht nur mittelbar von demjenigen ableitet, für den er unterschreibt, davon abhängig zu machen, wo der Mangel seiner Vertretungsmacht liegt.

Für die Anwendung des § 179 BGB ist allerdings umstritten, wer bei mehrstufiger Vertretung als vollmachtsloser Vertreter haftet, wenn die Vollmacht des Hauptbevollmächtigten, nicht aber die Untervollmacht fehlt oder unwirksam ist. Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs

stellt es für diesen Fall darauf ab, ob der Unterbevollmächtigte als "Vertreter des Hauptbevollmächtigten" oder als Vertreter des Hauptvollmachtgebers aufgetreten sei (BGHZ 32, 250). Hiergegen sind im Schrifttum beachtliche Bedenken geäußert worden (vgl. Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, § 37 I b; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1965 II, § 49, 5; Siebenhaar, AcP 162, 354).

Der vorliegende Fall nötigt indessen nicht dazu, zu diesen Bedenken und zur Rechtslage bei fehlerhafter mehrstufiger Vertretung allgemein Stellung zu nehmen. Jedenfalls für den Wechselverkehr sind die erwähnten Unterscheidungen, die für den allgemeinen Rechtsverkehr Bedeutung haben mögen, ungeeignet, die in Art. 8 WG dem Unterzeichner auferlegte Haftung für vollmachtloses Handeln abzugrenzen oder einzuschränken. Denn aus der Wechselurkunde selbst, deren Inhalt für die wechselläßige Haftung maßgebend ist, wird vielfach nicht klar zu erkennen sein, ob der in Vertretung Zeichnende aufgrund unmittelbarer oder mittelbarer Vertretungsmacht handelt. Erst recht läßt sich bei mittelbarer Vertretung die weitere Unterscheidung zwischen einem Handeln als Vertreter des Hauptvollmachtgebers oder des Hauptbevollmächtigten, wenn überhaupt, dann allenfalls aufgrund von Umständen außerhalb der Wechselurkunde treffen.

Es muß daher auch für den Fall einer nur mittelbaren Vertretung bei der ausdrücklichen Regelung des Art. 8 WG bleiben, die es allein auf die Unterschriftsleistung abstellt. Die besonderen Voraussetzungen, unter denen

die Inanspruchnahme des nicht ermächtigten Vertreters ein Rechtsmißbrauch sein kann (vgl. Baumbach/Hefermehl aaO Art. 8 Anm. 2) fehlen hier. Denn es bestehen nach dem vorgetragenen Sachverhalt jedenfalls bei der Rechtsvorgängerin des Klägers, den Kurhessischen Gipswerken Peter O. & Co., keine Anhaltspunkte für eine Kenntnis davon, daß die als Wechselausstellerin angegebene Kommanditgesellschaft noch nicht entstanden war.

V. Das Versäumnisurteil vom 21. März 1968 ist daher entgegen den Entscheidungen der Vorinstanzen in der Hauptsache aufrechtzuerhalten, soweit es sich gegen den Beklagten zu 1 richtet. Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Über die Kosten des Rechtsstreits hat der Senat nach den §§ 91 a, 92, 97, 100, 271, 344 ZPO entschieden und dabei für die erste Instanz berücksichtigt, daß der Kläger seine ursprünglich auf Zahlung der vollen Wechselsumme von 7.840 DM lautende Klage vor der ersten mündlichen Verhandlung wegen eines vor Beginn des Rechtsstreits gezahlten Betrages von insgesamt 869 DM zurückgenommen und wegen späterer Zahlungen in Höhe von insgesamt 2.431 DM die Hauptsache für erledigt erklärt hat. Seine zunächst gegen eine weitere Partei gerichtete Klage hat der Kläger,

bevor gegen diese Partei streitig verhandelt worden war, ebenfalls zurückgenommen. Über den auf diese Partei entfallenden Teil der Kosten hat das Landgericht nicht entschieden; die Kostenentscheidung muß daher insoweit offen bleiben.

Stinipel Liesecke Dr. Schulze Fleck Dr. Kellermann