

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 170/72

URTEIL

Verkündet am
18. März 1974
Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Peter C [REDACTED], B [REDACTED],
G [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Lothar K [REDACTED], R [REDACTED],
M [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 8. November 1972 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte war Inhaber eines Unternehmens in Rheydt, das sich mit der Ausführung von Bedachungs-, Isolierungs-, Blitzschutz- und Bauklempnerarbeiten befaßte und einen Großhandel mit Bedachungs-, Isolierungs- und Blitzschutzartikeln betrieb. Seit 1964 war das Geschäft unter der Firma "Lothar K. [REDACTED]" (Name des Beklagten) im Handelsregister eingetragen. Ende 1967/Anfang 1968 wurde es in eine GmbH & Co. KG umgewandelt. Zu diesem Zweck gründete der Beklagte zusammen mit seiner Ehefrau die "K. [REDACTED] Verwaltungsgesellschaft mit beschränkter Haftung" und wurde deren alleiniger Geschäftsführer. Außerdem wurde durch Eintritt der GmbH und der Ehefrau des Beklagten in das bisherige Einzelkaufmännische Unternehmen eine Kommanditgesellschaft

- 3 -

errichtet, in der persönlich haftende Gesellschafterin die GmbH, Kommanditisten der Beklagte und seine Ehefrau wurden. Die bisherige Firma "Lothar K[REDACTED]" wurde von der Kommanditgesellschaft unverändert übernommen. Diese Vorgänge wurden Anfang 1968 ins Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht.

Auf schriftliche Bestellungen des Beklagten lieferte die Klägerin, die ein Unternehmen in Bochum betreibt, 1970/71 mehrfach Baumaterialien. Für die Bestellungen - wie auch im übrigen Schriftverkehr - verwendete der Beklagte Firmenbriefbögen, auf denen oben links der Name "Lothar K[REDACTED]" (darunter nochmals der Name mit Adresse oder Postfach) und oben rechts der Zusatz "Bedachungen, Isolierungen, Blitzschutz, Bauklempnerei, Großhandel in Bedachungsmaterial" aufgedruckt waren. Unterzeichnet waren die Schreiben mit der maschinengeschriebenen Unterschrift

"LOTHAR K[REDACTED]
Bedachungen"

und dem beigefügten handschriftlichen Namenszug des Beklagten ("K[REDACTED]"). Unter dem 31. März 1971 erteilte die Klägerin eine Rechnung über einen Restbetrag von 3.576,88 DM. Wegen dieses Betrages nebst 96,81 DM außergerichtlichen Beitreibungskosten nimmt sie den Beklagten - die GmbH & Co. KG fiel 1972 in Konkurs - auf Zahlung in Anspruch. Die Klägerin ist der Auffassung, daß Vertragspartei der jeweiligen Kaufverträge nicht die GmbH & Co. KG, sondern der Beklagte geworden sei. Von der Existenz der Kommanditgesellschaft habe sie nichts gewußt. Dadurch, daß der Beklagte die frühere Firma

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



"Lothar K[REDACTED]" ohne einen auf die Gesellschaftsform hinweisenden Zusatz weiterverwendet habe, habe er den Eindruck einer einzelkaufmännischen Firma hervorgerufen.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung verurteilt, das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, die der Beklagte zurückzuweisen beantragt, möchte die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß der Beklagte nicht sich selbst, sondern die GmbH & Co. KG verpflichtet habe: Die mit der Klägerin geschlossenen Kaufverträge seien Handelsgeschäfte gewesen. Aus der Form der Bestellungen, die unter der Bezeichnung "Lothar K[REDACTED], Bedachungen pp." aufgegeben worden sind, und aus Art und Umfang der bestellten Waren ergebe sich, daß der Beklagte nicht für sich privat, sondern im Rahmen eines Handelsgewerbes bestellt habe. Inhaber eines Handelsgeschäfts mit der Firma Lothar K[REDACTED] sei aber zur Zeit der Bestellungen allein die GmbH & Co. KG gewesen.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

1. Die Revision ist der Ansicht, wegen der vom Beklagten verwendeten Firma "Lothar K[REDACTED]" habe die Klägerin annehmen müssen, nicht eine GmbH & Co. oder überhaupt eine Gesellschaft, sondern ein Einzelkaufmann sei ihr als Vertragspartei entgegengetreten. Ob diese Auffassung in tatsächlicher Hinsicht zutreffend ist (vgl. dazu unter II), kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen. Darauf, ob die Klägerin die Firma Lothar K[REDACTED] für ein einzelkaufmännisches Unternehmen oder eine Gesellschaft gehalten hat, kommt es nämlich für die Frage, wer Vertragspartner der Klägerin geworden ist, nicht an. Wie das Berufungsgericht festgestellt hat, wurden die Verträge - dies ergab sich vor allem aus der Verwendung der Firmenbriefbögen und aus der maschinengeschriebenen Unterschrift "Lothar K[REDACTED] Bedachungen" - mit der Firma Lothar K[REDACTED], d. h. mit dem Inhaber dieser Firma, nicht mit dem Privatmann Lothar K[REDACTED], geschlossen. Der Vertragsgegner war also bereits namentlich eindeutig bestimmt; denn die Firma Lothar K[REDACTED] - wobei die Firmenbezeichnung als solche erkennbar hervortrat - war ein anderer Name als der Personennamen Lothar K[REDACTED]; und es lag auch nicht etwa der Sonderfall vor, daß die Art des Geschäfts oder sonstige Umstände ausnahmsweise darauf hindeuteten, daß ein anderer als der namentlich Bezeichnete Vertragspartei werden sollte; im Gegenteil, gerade der Inhalt der Verträge bestätigte, daß im Namen der Firma, nicht im Namen des Privatmanns Lothar K[REDACTED] gehandelt wurde. Unter diesen Umständen war es unerheblich, ob sich die Klägerin über den Inhaber der Firma irrte, insbesondere statt der GmbH & Co. KG einen unbeschränkt haftenden Einzelkaufmann als Vertragspartner

annahm, und der Beklagte insoweit möglicherweise einen falschen Eindruck erweckt hat. Dadurch konnte allenfalls ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums über die Person des Vertragsgegners (§ 119 Abs. 2 BGB) oder eine Haftung des Beklagten kraft Rechtsscheins begründet werden (vgl. dazu unter II); die Auslegung, daß der Inhaber der Firma Lothar K. Vertragspartei wurde, wurde durch all dies nicht berührt.

2. Im Ergebnis zutreffend ist weiterhin die Ansicht des Berufungsgerichts, daß auch § 164 Abs. 2 BGB, wonach bei mangelnder Erkennbarkeit des Vertreterwillens das Geschäft mit dem Vertreter zustande kommt, im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gelange. Der Beklagte, so meint das Berufungsgericht, habe erkennbar für eine Gesellschaft - d. h. im fremden Namen - gehandelt; denn im Handelsregister sei unter der Firma Lothar K. die GmbH & Co. KG eingetragen gewesen, was die Klägerin gemäß § 15 Abs. 2 HGB gegen sich gelten lassen müsse. Ob der zuletzt genannten Auffassung zu folgen ist, kann dahingestellt bleiben. Selbst wenn man nämlich zugunsten der Klägerin unterstellt, daß das Auseinanderfallen von Vertragschließendem und Vertragspartei - also der Abschluß eines Vertretergeschäfts - nach den bei Eingehung des Vertrages maßgebenden Umständen nicht erkennbar war, so schließt dies im vorliegenden Fall das Zustandekommen eines Vertrages mit der GmbH & Co. KG nicht aus.

Wie in der Rechtsprechung anerkannt, ist der Grundsatz des § 164 BGB, daß ohne Kundgabe des Vertreterwillens der Vertreter Vertragspartei wird, kein ausnahmslos geltender Rechtssatz, sondern nur eine Auslegungsregel. Ergeben die Umstände, daß trotz fehlender Erkennbarkeit des Vertreterhandelns ein Dritter Vertragspartei sein soll - so beispielsweise in gewissen Fällen des Handelns unter fremdem Namen (vgl. RGZ 87, 144; 145, 81, 91 f; BGH, Urt. v. 29. 9. 51 - II ZR 62/51, LM WG Art. 7 Nr. 1; BGHZ 45, 193) oder wenn bei einem betriebsbezogenen Geschäft der Geschäftsgegner den Vertreter für den Betriebsinhaber hält (vgl. RGZ 30, 77; 67, 148; JW 1921, 1309 Nr. 4 = SeuffArch. 76 Nr. 176; BGH, Urt. v. 27.6.57 - II ZR 104/56, WM 1957, 1284 = BB 1957, 1014; OLG Dresden, SeuffArch. 68 Nr. 74; OLG Rostock, SeuffArch. 68 Nr. 226; OLG München, HRR 1942 Nr. 425; OLG Celle, NJW 1963, 1253; Betrieb 1963, 547; OLG Stuttgart, NJW 1973, 629) -, so kommt der Vertrag, wie in den genannten Entscheidungen ausgesprochen, mit dem Dritten zustande; der mit dem vertretungsrechtlichen Offenkundigkeitsgrundsatz hauptsächlich verfolgte Zweck, die Person des Vertragsgegners eindeutig zu identifizieren und für den Geschäftspartner von vornherein erkennbar zu machen (vgl. Mot. I 225; Flume, Allg. Teil II S. 764), wird in diesen Fällen ausnahmsweise auch ohne die Offenbarung, daß ein Vertretergeschäft vorliegt, erreicht.

Ein solcher Fall, daß auch ohne Kundgabe des Vertreterwillens ein anderer als der Vertragsschließende als Vertragspartei anzusehen ist, ist aber nach den

vorliegenden Umständen gegeben. Wie unter 1 ausgeführt, wurde die GmbH & Co. KG bereits namentlich als Vertragspartei identifiziert; Vertragspartner sollte die Firma Lothar K. sein, nicht eine Privatperson mit dem Namen Lothar K. . Hinzu kam, daß auch der Inhalt des Vertrages (unternehmensbezogenes Geschäft) auf die Firma K. - d. h. die GmbH & Co. KG - als Vertragspartei hindeutete. Unter diesen Umständen lag es, wenn das Fehlen des Vertreterzusatzes auf den Bestellschreiben den Anschein eines Eigengeschäfts des Beklagten erweckte, nicht anders als in den Fällen des Handelns unter fremdem Namen: Da die Vertragspartei namentlich richtig bezeichnet war und die Umstände gleichfalls für ein Geschäft mit dem Namensträger sprachen, war die fehlende Kundgabe des Vertreterwillens unschädlich.

II.

Ist danach Vertragspartner der Klägerin nicht der Beklagte, sondern die GmbH & Co. KG geworden, so kann sich nur fragen, ob der Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Rechtsscheinhaftung neben der GmbH & Co. KG in Anspruch genommen werden kann. Auch diese Frage hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend verneint.

1. Es hat zunächst eine Rechtsscheinhaftung unter firmenrechtlichen Gesichtspunkten geprüft. Insoweit, so meint es, könne der GmbH & Co. KG ein unzulässiges Verhalten nicht vorgeworfen werden. Daß sie die frühere

einzelkaufmännische Firma "Lothar K[REDACTED]" ohne einen Gesellschafts- oder Nachfolgezusatz fortgeführt habe, entspreche der Vorschrift des § 24 Abs. 1 HGB. Eine solche unveränderte Firmenfortführung sei auch unter Berücksichtigung der Tatsache zulässig gewesen, daß eine GmbH die einzige persönlich haftende Gesellschafterin gewesen sei.

a) Daß nicht jede Art von Personenhandelsgesellschaft, die gemäß §§ 22, 24 Abs. 1 HGB eine einzelkaufmännische Firma fortführt, der Firma einen das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz beifügen muß, entspricht der nahezu einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. RG SeuffArch. 81 Nr. 173; RGZ 169, 147, 150 f; Würdinger, Großkomm. HGB 3. Aufl. § 22 Anm. 44, § 24 Anm. 8; Schlegelberger/Schröder, HGB 5. Aufl. § 22 Anm. 20; Baumbach/Duden, HGB 20. Aufl. §§ 22, 23 Bem. 2 C, § 24 Bem. 2 A; Hueck, Recht der OHG 4. Aufl. S. 12 - jeweils m. w. N.). Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich zweifelsfrei aus der früheren Fassung des § 22 HGB: . Bis zum Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1937 war dem heutigen § 22 Abs. 1 HGB der für den Fall des Erwerbs eines Handelsgeschäfts die unveränderte Fortführung der Firma zuläßt, ein zweiter Satz angefügt, wonach die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien unberührt blieb, die Bezeichnung "Aktiengesellschaft" bzw. "Kommanditgesellschaft auf Aktien" in ihre Firma aufzunehmen (§ 20 HGB a. F.). Aus dieser Gesetzesfassung war im Wege des Gegenschlusses zu folgern, daß bei der offenen Handels- und Kommanditgesellschaft die gemäß § 19 Abs. 1 und 2 HGB grundsätzlich

ebenfalls bestehende Verpflichtung, einen Gesellschaftszusatz in die Firma aufzunehmen, für den Fall der Firmenfortführung nicht galt; dies entsprach auch dem Willen der Gesetzesverfasser (vgl. Denkschr. z. HGB S. 38 f). Im Zuge der Aktienrechtsnovelle von 1937 wurde sodann § 22 Abs. 1 Satz 2 - wie die sonstigen aktienrechtlichen Bestimmungen - aus dem HGB entfernt und eine entsprechende Vorschrift, der heutige § 4 Abs. 2, in das Aktiengesetz aufgenommen. Damit war zwar die Bedeutung des § 22 Abs. 1 Satz 1 in seinem Verhältnis zu § 19 Abs. 1 und 2 HGB nicht mehr so eindeutig wie früher. Da es sich jedoch insoweit um eine lediglich redaktionelle Gesetzesänderung handelte, ist für die Auslegung des § 22 Abs. 1 HGB auch jetzt noch die frühere Fassung des Gesetzes bedeutsam.

b) Nicht gefolgt werden kann dagegen der Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Grundsatz der Firmenfortführung ohne Gesellschaftszusatz gemäß §§ 22, 24 Abs. 1 HGB auch für die GmbH & Co. gelte, deren persönlich haftende Gesellschafter ausschließlich beschränkt haftende Gesellschaften sind. Für diese Gesellschaft muß vielmehr in entsprechender Anwendung der §§ 4 Abs. 2 GmbHG, 4 Abs. 2 AktG angenommen werden, daß sie - und zwar auch im Fall der abgeleiteten Firma - zur Aufnahme eines Firmenzusatzes verpflichtet ist, der die besondere Gesellschaftsform der GmbH & Co. verdeutlicht:

Anders als bei den Personengesellschaften, die nur im Fall der Firmenneubildung (vgl. § 19 Abs. 1 und 2 HGB), nicht dagegen bei einer abgeleiteten Firma einen Gesellschaftszusatz beizufügen verpflichtet sind, bestimmen die §§ 4 Abs. 2 GmbHG, 4 Abs. 2 AktG für die GmbH und Aktiengesellschaft ausdrücklich, daß auch die abgeleitete Firma einen die Gesellschaftsform klarstellenden Zusatz enthalten muß. Der Grund für diese, gegenüber den Personengesellschaften strengere Durchführung des Prinzips der Firmenwahrheit liegt darin, daß sich die genannten Kapitalgesellschaften hinsichtlich der Kreditgrundlage von einem einzelkaufmännischen Unternehmen oder einer Personengesellschaft wesentlich unterscheiden. Während der Einzelkaufmann oder die persönlich haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft für die Geschäftsverbindlichkeiten nicht nur mit ihrem gesamten gegenwärtigen Vermögen - Geschäfts- und Privatvermögen -, sondern auch mit dem zukünftigen Vermögen haften und im Falle der Insolvenz besonderen persönlichen Verpflichtungen unterliegen (vgl. § 807 ZPO, §§ 100 f, 125 KO, §§ 68 f VerglO), ist die Haftung bei den Kapitalgesellschaften von vornherein auf eine bestimmte Vermögensmasse - das Gesellschaftsvermögen - beschränkt; ist das Vermögen erschöpft, so kommt eine Befriedigung der Geschäftsverbindlichkeiten für die Zukunft nicht mehr in Frage. Dieses Fehlen der persönlichen Einstandspflicht, die einen Kaufmann im allgemeinen in erhöhtem Maße zu einer vorsichtigen, die Belange der Gläubiger hinreichend berücksichtigenden Geschäftsführung veranlaßt, stellte den Gesetzgeber vor die Aufgabe, einerseits die ungenügende persönliche

Kreditgrundlage nach Möglichkeit durch besondere Gläubigerschutzbestimmungen auszugleichen (vgl. etwa §§ 30 f GmbHG, § 57 i. V. m. §§ 62, 93 Abs. 3 Nr. 1 AktG; §§ 63 f GmbHG, §§ 207 Abs. 1 KO, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG im Unterschied zu §§ 102, 210 Abs. 2 Satz 1 KO), andererseits aber dafür zu sorgen, daß das Fehlen der persönlichen Haftung im Geschäftsverkehr in ausreichender Weise offengelegt wird.

Dieser Grund für die verschärfte firmenrechtliche Publizität gemäß §§ 4 Abs. 2 GmbHG, 4 Abs. 2 AktG nötigt dazu, die genannten Bestimmungen auf die GmbH & Co. entsprechend anzuwenden. Die GmbH & Co. ist zwar der Form nach eine Personengesellschaft. Sachlich handelt es sich aber um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die insoweit der GmbH oder Aktiengesellschaft näher steht als einer normalen offenen Handels- oder Kommanditgesellschaft: Wie bei den Kapitalgesellschaften ist die Haftung für die Verbindlichkeiten des Unternehmens auf eine bestimmte Vermögensmasse - das Gesellschaftsvermögen der Komplementär-GmbH und die Kommanditeinlagen - beschränkt, und es fehlt, ebenso wie bei der GmbH oder der Aktiengesellschaft, die persönliche Haftung natürlicher Personen als wesentliches gläubigerschützendes Element. Die Gefährdung der Gläubiger - die durch den auf die beschränkte Haftung hinweisenden Firmenzusatz klargestellt werden soll - ist aber größer als bei der GmbH oder Aktiengesellschaft. Denn die besonderen Gläubigerschutzbestimmungen des GmbH- bzw. Aktienrechts gelten bei der GmbH & Co. in erster Linie nur für die Komplementär-GmbH, deren Vermögen vielfach

nur einen geringen Bruchteil des Firmenkapitals ausmacht, und für die GmbH & Co. allenfalls mit Einschränkungen.

c) War aber damit die Kommanditgesellschaft Lothar Krause entsprechend §§ 4 Abs. 2 GmbHG, 4 Abs. 2 AktG verpflichtet, ihrer Firma den Zusatz "GmbH & Co." beizufügen, so ist gleichwohl im vorliegenden Fall ein Rechtsschein, daß es sich wegen des fehlenden Zusatzes nicht um eine GmbH & Co. handeln könne, nicht erzeugt worden. Freilich kann der Geschäftsverkehr, wenn nach dem Gesetz bestimmte Tatsachen zu offenbaren sind, grundsätzlich davon ausgehen, daß das Gesetz beachtet wird und somit, wenn es an einer Offenbarung fehlt, der betreffende Tatbestand nicht erfüllt ist. Dies gilt jedoch nur für den Normalfall. Im vorliegenden Fall hingegen war die Verpflichtung, die Gesellschaftsform der GmbH & Co. in der Firma zu verlautbaren, nicht ohne weiteres ersichtlich. Sie ergab sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern nur aus einer entsprechenden Gesetzesanwendung, und war insbesondere in der Rechtspraxis nicht allgemein anerkannt; überwiegend in der Literatur, insbesondere in den gängigen Erläuterungsbüchern, in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und - jedenfalls zum Teil - auch von den Registergerichten wurde bislang die Auffassung vertreten, die abgeleitete Firma einer GmbH & Co. sei ohne den Zusatz "GmbH & Co." zulässig (vgl. RFH, RStBl. 1929, 329; BayObLG, NJW 1966, 2173 = GmbHRdsch. 1966, 253 m. Anm. Hesselmann; Baumbach/Duden, HGB 18. Aufl. § 24 Anm. 2 A; Böttcher/Beinert/Hennerkes,

GmbH & Co. 2. Aufl. S. 52 f; Herrmann, GmbHRdsch. 1967, 96; Hesselmann, RPfleger 1958, 368, 370; ders. Hdb. der GmbH & Co. KG 9. Aufl. S. 89 f; Köhler, StbJb 1954/55, 233, 258 f; Riechert, Betrieb 1956, 493, 495 f; Sudhoff in: Aktuelle Probleme der GmbH & Co. S. 58 ff; Zintzen, GmbHRdsch. 1953, 23; ebenso neuerdings Klunzinger, Betrieb 1973, 1881 ff; Reinhardt, Gesellschaftsrecht Rz. 867; Schilling, Großkomm. HGB 3. Aufl. § 161 Anm. 24; Sudhoff, der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. 2. Aufl. S. 123; a. A. H. Gohl, Die abgeleitete Firma der GmbH & Co., Diss. Köln 1967 S. 43 ff, insbes. S. 82; Haas, GmbHRdsch. 1969, 20 ff; Schlegelberger/Schröder aaO § 22 Anm. 20; vgl. auch Mertens, GmbHRdsch. 1967, 45, 48). Bei dieser Sachlage konnte niemand davon ausgehen, jene Verpflichtung werde als solche erkannt und im Rechtsverkehr beachtet.

Im Ergebnis ist damit eine Rechtsscheinhaftung des Beklagten unter firmenrechtlichen Gesichtspunkten zu verneinen.

2. Das Berufungsgericht hat weiter geprüft, ob sich eine Rechtsscheinhaftung daraus ergeben könnte, daß der Beklagte die an die Klägerin gerichteten Schreiben jeweils unterzeichnet hat, ohne hervorzuheben, daß er als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, die die GmbH & Co. KG vertrat, handelte. Auch insoweit läßt sich jedoch, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, ein unzulässiges Verhalten, das einen Rechtsschein begründen konnte, nicht feststellen. Daß der GmbH-Geschäftsführer in einer GmbH & Co. im Namen der GmbH, die Vertreterin

der Kommanditgesellschaft ist, zeichnet, ist üblich, aber nicht notwendig. Mag der Geschäftsführer auch, wenn man das gesellschaftliche Innenverhältnis betrachtet, grundsätzlich nicht zur GmbH & Co., sondern zur Komplementär-GmbH in unmittelbaren Rechtsbeziehungen stehen, so ist er doch nicht genötigt, bei der Zeichnung für die Kommanditgesellschaft deutlich zu machen, daß er in (von der GmbH) abgeleiteter Vertretungsmacht handelt.

Die Verpflichtung, im Namen der GmbH zu zeichnen, läßt sich - entgegen der Ansicht des OLG Köln, MDR 1970, 145, 146 - auch nicht aus § 35 Abs. 3 GmbHG herleiten. Die genannte Bestimmung besagt nur, daß die GmbH-Firma der Unterschriftenzeichnung beizufügen ist, wenn im Namen einer GmbH Erklärungen abgegeben werden; dagegen läßt sich aus ihr nicht entnehmen, daß die Komplementär-GmbH bezeichnet werden muß, wenn ihr Geschäftsführer im Namen der GmbH & Co. handelt. § 35 Abs. 3 GmbHG könnte für die GmbH & Co. allenfalls die Bedeutung haben, daß er - ebenso wie § 4 Abs. 2 GmbHG - hinsichtlich der GmbH & Co. als solcher entsprechend anwendbar wäre mit der Folge, daß die für die Kommanditgesellschaft abgegebenen Erklärungen mit der Namensunterschrift und der Gesellschaftsfirma ("GmbH & Co.") zu zeichnen wären; damit würde erreicht, daß nicht nur, wenn die Firma der Kommanditgesellschaft im Geschäftsverkehr gebraucht wird, der firmenmäßige Hinweis auf die beschränkte Haftung zu geben ist (dies folgt bereits aus der entsprechenden Anwendung des § 4 Abs. 2 GmbHG), sondern darüber hinaus, daß bei allen schriftlichen Erklärungen im Namen der

GmbH & Co. mit der Firma zu zeichnen ist, womit - wegen der entsprechenden Anwendung des § 4 Abs. 2 GmbHG - firmenmäßig die beschränkte Haftung klargestellt werden würde. Ob § 35 Abs. 3 GmbHG in dieser Weise auf die GmbH & Co. anzuwenden ist, braucht jedoch im vorliegenden Fall nicht erörtert zu werden. Denn der Beklagte hatte mit der Firma der GmbH & Co. gezeichnet. Diese enthielt nur nicht den entsprechend § 4 Abs. 2 GmbHG notwendigen Zusatz "GmbH & Co."; das aber konnte, wie dargelegt, keine Rechtsscheinhaftung begründen.

Im Ergebnis läßt sich damit feststellen, daß aus der Zeichnung mit "Firma Lothar K[REDACTED]" ein Rechtsschein, die vertretene Firma sei keine GmbH & Co., nicht erzeugt worden ist.

3. Weiterhin hat das Berufungsgericht erörtert, ob § 35 a GmbHG, der aufgrund Art. 4 der Ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordination des Gesellschaftsrechts vom 9. März 1968 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 14. März 1968 Nr. L 65/8) durch Bundesgesetz vom 15. August 1969 (BGBl. I S. 1146) eingefügt worden ist, im vorliegenden Fall Anwendung findet und eine Rechtsscheinhaftung begründet. Nach dieser Bestimmung ist eine GmbH verpflichtet, auf allen Geschäftsbriefen - zu denen auch Bestellscheine gehören - die Rechtsform der Gesellschaft, den Sitz derselben, das Registergericht des Sitzes der Gesellschaft, die Registernummer der Eintragung, den Geschäftsführer und, wenn ein Aufsichtsrat vorhanden ist, dessen Vorsitzenden mit vollem Namen anzugeben. Das Berufungsgericht

gelangt - entsprechend der im Schrifttum einhellig vertretenen Ansicht (Hesselmann, GmbHRdsch. 1969, 165, 167 unter c; Deutler, Betrieb 1970, 383 unter 5; Centrale für GmbH, GmbHRdsch., 1970, 132) - zu dem Ergebnis, daß § 35 a GmbHG auf die GmbH & Co. weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar sei. Diese Auffassung wird von der Revision angegriffen.

Der Senat braucht zur Auslegung des § 35 a GmbHG - die gemäß Art. 177 Abs. 2 EWG-Vertrag eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof erfordern könnte - nicht Stellung zu nehmen. Selbst wenn man nämlich mit der Revision die Anwendung des § 35 a GmbHG auf die GmbH & Co. KG bejaht, könnte ein Verstoß gegen die in der Vorschrift genannten Publizitätsbestimmungen für die Klägerin keinen Rechtsschein erzeugt haben, sie kontrahiere mit einem Einzelkaufmann oder einer Gesellschaft, die eine oder mehrere natürliche Personen als persönlich haftende Gesellschafter hat. Dies ergibt sich aus den gleichen Erwägungen, aus denen vorstehend (unter II 1 c) eine Rechtsscheinhaftung wegen der Firmenführung ohne den Zusatz "GmbH & Co." verneint wurde: Auch hinsichtlich der Frage, ob § 35 a GmbHG auf die GmbH & Co. anwendbar ist, war bislang die Auffassung herrschend, daß eine Anwendung nicht in Betracht komme; dies stand im Einklang mit dem Wortlaut des § 35 a GmbHG und der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften.

4. Schließlich ergibt sich eine Rechtsscheinhaftung des Beklagten auch nicht aus der Besonderheit des vorliegenden Falles, daß der Beklagte, mit dessen Namen die Firma des Unternehmens gebildet worden war, nach der Übernahme der Firma durch die GmbH & Co. KG deren Kommanditist geworden war und weiterhin als ihr Geschäftsführer - als Geschäftsführer der die Kommanditgesellschaft vertretenden GmbH - aufgetreten ist. Ob und unter welchen Voraussetzungen der geschäftsführende Kommanditist in einem solchen Fall den Wechsel des Firmeninhabers gegenüber Geschäftspartnern offenbaren muß, die mit ihm schon früher, als er noch Einzelkaufmann war, in geschäftlichen Beziehungen gestanden haben, braucht hier nicht erörtert zu werden (vgl. dazu das zit. Urt. d. Sen. LM HGB § 15 Nr. 4). Denn die Klägerin ist mit der GmbH & Co. KG erstmals 1970 in Verbindung getreten, als das einzelkaufmännische Geschäft des Beklagten schon seit längerer Zeit auf die Kommanditgesellschaft übertragen worden war. Damit scheidet eine Rechtsscheinhaftung wegen Vertrauens auf den früheren Rechtszustand ohne weiteres aus.

5. Nach allem hat das Berufungsgericht die Klage
im Ergebnis zu Recht abgewiesen.

Stempel Dr. Schulze Fleck Dr. Kellermann Dr. Tidou^u