

L.3

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 181/68

URTEIL

Verkündet am
29. November 1971
Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. ...

2. des Kaufmanns und Wirtschaftsberaters Bruno M[REDACTED],
L[REDACTED]-La[REDACTED], Sch[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Josef A[REDACTED] GmbH, vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Heinz-Georg A[REDACTED], B[REDACTED]-O[REDACTED], Br[REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 2 wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 10. Oktober 1968 im Kostenpunkt - soweit er nicht den Beklagten zu 1 betrifft - und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zu 2 zur Zahlung von mehr als 5.338,09 DM nebst 6 % Zinsen von 500 DM seit dem 20. Januar 1965 und von jeweils weiteren 500 DM seit dem 20. eines jeden folgenden Monats verurteilt worden ist.

Die Klage wird - unter weiterer Abänderung des landgerichtlichen Urteils - auch abgewiesen, soweit das Berufungsgericht den Beklagten zu 2 zur Zahlung von 495,16 DM mit Zinsen und von 17.762,14 DM mit Zinsen (lit. a und c der Urteilsformel des angefochtenen Urteils) verurteilt hat.

Im Umfang der darüber hinausgehenden Aufhebung des angefochtenen Urteils wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Diesem wird auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt eine Möbel- und Dekorationsgroßhandlung; der nicht mehr am Rechtsstreit beteiligte Beklagte zu 1, A. Eugen K[REDACTED], war ihr Kunde.

Die Schulden K[REDACTED] gegenüber der Klägerin waren bis Anfang Juni 1963 auf 18.721,22 DM angewachsen. Am 6. Juni 1963 vereinbarten die Klägerin, K[REDACTED] und der Beklagte zu 2 (im folgenden: Beklagter), diese Verbindlichkeit in ein Darlehen umzuwandeln. Der Beklagte übernahm hierfür "die Gewähr in seiner Eigenschaft als zukünftiger Teilhaber der Firma K[REDACTED]". Nach Ablauf von 18 Monaten sollte der Restbetrag aus der Einlage des Beklagten voll getilgt werden.

Am 11. August 1964 kam es wegen der inzwischen weiter angestiegenen Verbindlichkeiten K[REDACTED] zu einer erneuten Besprechung zwischen den Parteien und K[REDACTED], über deren Ergebnis zwischen den Parteien Streit besteht. Mit Schreiben vom 15. August 1964, das auch der Beklagte unterzeichnete, bestätigte K[REDACTED], auf das Darlehen vom 6. Juni 1963 noch 13.000 DM und für Warenlieferungen etc. weitere 22.163,04 DM, insgesamt also 35.163,04 DM zu schulden. In diesem Schreiben heißt es unter anderem: "Dieser Betrag wird umgewandelt in ein Darlehen gemäß den Bedingungen der Vereinbarung vom 3. Juni 1963." ... "Als Besicherung Ihrer Forderung wird Ihnen mein Geschäftsanteil der noch zu gründenden oHG abgetreten und verpfändet. Darüber hinaus tritt Ihnen Herr M[REDACTED] (Beklagter) zusätzlich seinen Geschäftsanteil an der oHG in Höhe seiner übernommenen Gewährleistungsverpflichtung ab."



Mit Schreiben vom 26. August 1964 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, sie lege Wert darauf, daß er "die bereits bestehenden Verbindlichkeiten in notarieller Urkunde als Gesamtschuldner anerkenne". In seiner Erwiderung vom 2. Oktober 1964 erklärte der Beklagte, mit Wirkung vom 1. Oktober 1964 sei eine Kommanditgesellschaft mit K[REDACTED] als persönlich haftendem Gesellschafter und ihm als Kommanditisten mit einer Einlage von 30.000 DM gegründet worden. Die Forderung des Klägers gegen K[REDACTED] sei als Verbindlichkeit in die Gesellschaft eingebracht worden. Die in dem Schreiben vom 26. August 1964 angedeuteten Wünsche könnten erst nach Eintragung der Kommanditgesellschaft in das Handelsregister abschließend behandelt werden.

Die durch notariellen Vertrag vom 9. Oktober 1964 gegründete Gesellschaft wurde nicht in das Handelsregister eingetragen, weil die Industrie- und Handelskammer mit Schreiben vom 18. Februar 1965 mitgeteilt hatte, das Unternehmen erfordere keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb. Durch notariellen Vertrag vom 8. März 1965 schied der Beklagte aus der von K[REDACTED] und seiner Ehefrau fortgeführten Gesellschaft aus. Zur Sicherstellung der vereinbarten Abfindungssumme von 30.000 DM übereignete ihm die Gesellschaft ihre Betriebs- und Geschäftsausstattung sowie Handelsware im geschätzten Werte von ca. 32.575 DM; die Gesellschaft und K[REDACTED] unterwarfen sich ferner der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Am 13. September 1965 ließ der Beklagte in den Räumen der Gesellschaft eine Kahlpfändung vornehmen. Von dem

Versteigerungserlös in Höhe von 8.257 DM überwies der Gerichtsvollzieher 5.000 DM an die Kr [REDACTED] D [REDACTED], für die ein Teil der Gegenstände bereits am 7. September 1965 gepfändet worden war. Diese hatte der Gesellschaft einen Betrag von 8.500 DM als Darlehen zur Verfügung gestellt, für das der Beklagte am 4. November 1964 die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen hatte. Die Restforderung der Sparkasse in Höhe von 3.996,52 DM (einschließlich Zinsen und Kosten) tilgte der Beklagte am 5. November 1965 in der Weise, daß er mit der Kreissparkasse vereinbarte, diesen Betrag als Darlehen zu schulden.

Während der Beklagte die Auffassung vertritt, er hafte der Klägerin nur im Rahmen der Vereinbarung vom 6. Juni 1963, behauptet die Klägerin, er habe sich bei der Besprechung vom 11. August 1964 verpflichtet, auch für die weiteren Verbindlichkeiten K [REDACTED] einzustehen.

Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht den Beklagten zu 2 als Gesamtschuldner neben dem durch Teilversäumnisurteil verurteilten Beklagten zu 1 zur Zahlung von 27.906,60 DM und 1.246,33 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat das Urteil teilweise abgeändert und den Beklagten zu 2 zur Zahlung von 17.762,14 DM, 8.000 DM und 495,16 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag auf Klageabweisung weiter, soweit er zur Zahlung von mehr als 5.338,09 DM nebst Zinsen - insoweit hat er den Anspruch anerkannt - verurteilt worden ist. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält die Klage in Höhe von 18.257,30 DM für begründet, weil der Beklagte insoweit als Kommanditist hafte. Er habe nur bewiesen, daß er 20.000 DM auf seine Einlage von 30.000 DM erbracht habe, so daß er nach § 171 Abs. 1 HGB den Gesellschaftsgläubigern noch mit 10.000 DM persönlich hafte. In Höhe von weiteren 8.257,30 DM habe er einzustehen, weil ihm in diesem Umfange seine Einlage zurückgewährt worden sei (§ 172 Abs. 4 HGB).

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind begründet.

1. Bei den Ansprüchen der Klägerin handelt es sich um Forderungen, die sie gegen den Einzelkaufmann K[REDACTED] erworben hat. Sämtliche hier in Frage stehenden Verbindlichkeiten waren bereits entstanden, als der Beklagte in den Betrieb K[REDACTED] eintrat und am 9. Oktober 1964 den Vertrag über die Gründung der A. E. K[REDACTED] KG schloß. Wäre eine Kommanditgesellschaft rechtswirksam zustande gekommen, hätte deshalb diese für die Verbindlichkeiten K[REDACTED] nach § 28 HGB und der Beklagte für die auf diese Weise entstandenen Geschäftsschulden unter den Voraussetzungen der §§ 171 ff HGB zu haften.

Im vorliegenden Falle kommen diese Bestimmungen als Anspruchsgrundlage jedoch nicht in Betracht, weil durch den Eintritt des Beklagten in das Geschäft K[REDACTED] keine Kommanditgesellschaft entstanden ist. Dem Berufungsgericht kann zwar nicht zugestimmt werden, wenn es meint, eine

Kommanditgesellschaft sei mangels Eintragung im Handelsregister nicht rechtswirksam begründet worden; denn die Gesellschaft war auf den Betrieb eines Grundhandelsgewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB gerichtet (vgl. hierzu § 5 des Gesellschaftsvertrages) und bedurfte deshalb - im Unterschied zu den Fällen der §§ 2 und 3 Abs. 2 HGB - zur Wirksamkeit als Kommanditgesellschaft nicht der Eintragung im Handelsregister. Eine Kommanditgesellschaft ist jedoch deshalb nicht entstanden, weil die Gesellschaft nicht auf den Umfang eines vollkaufmännischen Betriebes angelegt worden war (§ 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2, § 4 Abs. 2 HGB). Denn unstreitig erforderte das Unternehmen - wie die Industrie- und Handelskammer dem Registergericht mitgeteilt hat - keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb. Zwischen dem Beklagten und K[REDACTED] ist demgemäß nur eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründet worden, auf die § 28 HGB nicht anwendbar ist.

2. Eine gesellschaftsrechtliche Haftung des Beklagten folgt auch nicht aus dem Schreiben vom 2. Oktober 1964, in dem der Beklagte der Klägerin mitgeteilt hat, daß er sich an der am 1. Oktober 1964 gegründeten A. E. K[REDACTED] KG mit einer Einlage von 30.000 DM beteiligt habe und die Forderung der Klägerin gegen K[REDACTED] in die Gesellschaft "eingebracht" worden sei. Das Berufungsgericht hat diese Erklärung zwar dahin verstanden, daß die neu gegründete Gesellschaft diese Verbindlichkeit übernehme oder ihr jedenfalls beitrete, und angenommen, die Klägerin habe dem darin liegenden Vertragsangebot stillschweigend zugestimmt. Es hat hierbei aber übersehen, daß der Beklagte keine Vertretungsmacht besaß. Für die in Aussicht genommene

Kommanditgesellschaft hätte sich das aus § 170 HGB und dem dieser Vorschrift entsprechenden Willen der Vertragspartner ergeben, den Beklagten an der Vertretung und Geschäftsführung nicht zu beteiligen. Handelt es sich - wie hier - um eine als Kommanditgesellschaft gegründete, aber kraft Gesetzes lediglich den §§ 705 ff BGB unterliegende (bürgerlich-rechtliche) Gesellschaft, dann gilt die für die Kommanditgesellschaft gewollte Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung ebenso (vgl. hierzu für den ähnlichen Fall der nachträglichen Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Senatsurteil vom 10. Mai 1971 - II ZR 177/68 - WM 1971, 1198). Der Beklagte konnte daher die Gesellschaft durch einen in ihrem Namen vollzogenen Schuldbeitritt nicht verpflichten. Eine gesellschaftsrechtliche Haftung kommt daher auch für ihn nicht in Betracht. An der mangelnden Vertretungsmacht des Beklagten scheitert ohne weiteres auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte hafte jedenfalls in entsprechender Anwendung des § 176 HGB, weil die Gesellschaft im Geschäftsverkehr als Kommanditgesellschaft aufgetreten ist; denn der Rechtsschein, daß der Beklagte vertretungsberechtigt sei, ist hierdurch nicht begründet worden.

Daß der Beklagte mit dem Schreiben vom 2. Oktober 1964 eine Verpflichtung für sich selbst übernommen hat, für die Verbindlichkeiten K. einzustehen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Das kann bei dem hier gegebenen Sachverhalt - insbesondere mit Rücksicht auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob der Beklagte im August 1964 und durch den nachfolgenden Schriftwechsel die Gewähr für die Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten K. übernommen hat (vgl. hierzu die Ausführungen unter III) - auch nicht angenommen werden.

II. Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, der Beklagte habe sich am 6. Juni 1963 neben K [REDACTED] zur Rückzahlung der Darlehensschuld in Höhe von 18.721,22 DM verpflichtet (Schuldmitübernahme), wendet sich die Revision lediglich noch gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts über die Höhe der noch offenstehenden Darlehensforderung der Klägerin. Sie rügt, daß das Berufungsgericht der Klägerin mehr als den vom Beklagten anerkannten Betrag von 5.338,09 DM zuerkannt hat und Zahlungen von 1.500 DM und 1.161,91 DM, die die Klägerin am 25. Januar 1965 und 9. November 1964 dem Konto der Gesellschaft gutgeschrieben hat, nicht von der festgestellten restlichen Darlehensschuld in Höhe von 8.000 DM abgesetzt, sondern in Anwendung der Auslegungsregeln des § 366 Abs. 2 BGB auf die nach dem 6. Juni 1963 entstandenen Verbindlichkeiten angerechnet habe.

Die Revision ist auch insoweit begründet.

Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, daß nach § 366 BGB in erster Linie der Schuldner oder der leistende Dritte (§ 267 BGB) zu bestimmen hat, welche von mehreren Schulden getilgt werden sollen und daß Abs. 2 dieser Vorschrift als ergänzende Regel nur dann zum Zuge kommt, wenn eine solche Bestimmung weder ausdrücklich noch stillschweigend getroffen worden ist. Es hat sich aber - von seinem bisherigen Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - nicht mit der Rechtslage befaßt, die sich daraus ergibt, daß der Beklagte nur aus einem Schuldverhältnis, nämlich dem Schuldbeitritt vom 6. Juni 1963, verpflichtet ist. Insofern kommt es darauf an, wer die Zahlungen von 1.500 DM und 1.161,91 DM geleistet hat. Hätte nämlich der

Beklagte diese Leistungen erbracht, würde alles dafür sprechen, daß er nur seine eigene Schuld tilgen wollte. Nur unter besonderen Umständen käme eine Anrechnung auf die späteren Verbindlichkeiten Kanehls, für die der Beklagte nicht einzustehen hatte, in Betracht. Hierfür würde aber die Klägerin die Beweislast treffen. Nur wenn K. [REDACTED] die Beträge von 1.500 DM und 1.161,91 DM gezahlt hätte, müßte geprüft werden, ob eine Bestimmung erfolgt ist. Das Berufungsgericht durfte deshalb die Frage, wer hier geleistet hat, nicht offenlassen. Dies bedarf vielmehr der Prüfung. Damit der Tatrichter den Sachverhalt nunmehr unter diesem Gesichtspunkt mit den Parteien erörtern und würdigen kann, ist die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III. Andere Gründe, die die Zurückweisung der Revision rechtfertigen könnten (§ 563 ZPO), liegen nicht vor. Das Berufungsgericht hat das Zustandekommen der von der Klägerin behaupteten Vereinbarung vom August 1964, auf die die Klage in erster Linie gestützt ist, nicht für erwiesen erachtet. Es hat ausgeführt, mit Rücksicht auf die sich widersprechenden Zeugenaussagen könnten keine sicheren Feststellungen dahin getroffen werden, daß der Beklagte sich in der Besprechung vom 11. August 1964 verpflichtet habe, auch für die Verbindlichkeiten K. [REDACTED] einzustehen, die nach der Vereinbarung vom 6. Juni 1963 entstanden sind. Auch aus dem Schreiben vom 15. August 1964 und aus dem anschließenden Briefwechsel ergebe sich nichts dafür, daß sich der Beklagte über die am 6. Juni 1963 übernommenen Verpflichtungen hinaus habe "engagieren" wollen. Gegen diese im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete liegenden Ausführungen des Berufungsgerichts sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

Das Berufungsurteil ist deshalb, soweit es angefochten wurde, aufzuheben. Die Klage ist aus den Gründen zu I in Höhe von weiteren 18.257,30 DM abzuweisen. Im übrigen ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stimpel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Bauer

Dr. Kellermann