

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

HGB §§ 128, 159, 161, 176; GmbHG § 11

- a) Wird im Namen einer GmbH & Co. KG ein unter § 1 HGB fallender Geschäftsbetrieb eröffnet, bevor die GmbH und die Kommanditgesellschaft eingetragen worden sind, so besteht schon vor der Eintragung der GmbH eine Personengesellschaft des Handelsrechts. Ob es sich dabei um eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft handelt, bleibt offen.
- b) Scheidet aus einer Personengesellschaft des Handelsrechts ein persönlich haftender Gesellschafter aus, so beschränkt sich seine Haftung für Verbindlichkeiten aus einem vor seinem Ausscheiden begründeten Dauerschuldverhältnis auf den Zeitraum bis zum ersten auf das Ausscheiden folgenden Kündigungstermin; für Verpflichtungen, die auf erst danach erbrachten Teilleistungen beruhen, haftet er nicht. Entsprechendes gilt für die durch Eintragung der Kommanditgesellschaft herbeigeführte Beendigung der unbeschränkten Haftung des Kommanditisten aus § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB.
- c) Der für die noch nicht eingetragene GmbH Handelnde haftet nach § 11 Abs. 2 GmbHG jedenfalls nicht für solche Verbindlichkeiten aus einem von ihm begründeten Dauerschuldverhältnis, die auf die Zeit nach Beginn der eigenen Haftung der GmbH entfallen.

BGH, Urt. v. 19. Dezember 1977 - II ZR 202/76 - OLG Hamm
LG Münster

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 202/76

URTEIL

Verkündet am
19. Dezember 1977
Kaufmann,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Hoteliers Dieter G [REDACTED],
N [REDACTED] Straße 5 bei T [REDACTED], R [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Stadtwerke M [REDACTED] GmbH, M [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer, Dipl.-Volkswirt Dr. Peter G [REDACTED], W [REDACTED] 85, M [REDACTED], und Dipl.-Ingenieur Hans-Bert K [REDACTED], S [REDACTED] 42, M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 20. Oktober 1977
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel
und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Bundschuh und
Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm
vom 24. Mai 1976 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagenden Stadtwerke verlangen vom Beklagten
die restliche Bezahlung von Strom, Gas und Wasser, die
sie in den Jahren 1973 und 1974 an die Gaststätte "Rats-
keller" in M. [REDACTED] geliefert haben. Pächterin dieser
Restaurationsbetriebe ist die G. [REDACTED] Brauerei, die
ihrerseits im Juli 1971 einen Unterpachtvertrag mit der
Dieter Gi. [REDACTED] GmbH & Co. KG schloß. Diese Gesellschaft
wie auch die persönlich haftende Gesellschafterin, die
Dieter Gi. [REDACTED] GmbH, hatten der Beklagte und sein Vater
am 11. Juni 1971 eigens zu dem Zweck gegründet, den
"Ratskeller" zu übernehmen und zu betreiben, was ab
16. September 1971 geschah. Geschäftsführer der GmbH
war der Beklagte; Kommanditisten waren er und sein Vater.
Die GmbH wurde am 12. Januar 1972, die Kommanditgesell-
schaft am 13. März 1972 im Handelsregister eingetragen.



Die Klägerin hatte von dem Inhaberwechsel schon vor dem 16. September 1971 Kenntnis erhalten. In einem von ihr vorgelegten, von einem ihrer Angestellten ausgefüllten und unterschriebenen, mit dem Wort "Umzug" gekennzeichneten Formular war als "Wohnungsnachfolger" für den Ratskeller der Beklagte - Dieter Gi [REDACTED] - angegeben. Die Rechnungen richtete die Klägerin für die Zeit ab 16. September 1971 an den "Ratskeller, Inhaber Dieter Gi [REDACTED]". Sie wurden u. a. mit Verrechnungsschecks beglichen, die die vorgedruckte Ausstellerbezeichnung "Ratskeller M [REDACTED], Inhaber Dieter Gi [REDACTED] GmbH & Co. KG" trugen und auf ein Konto bei der Commerzbank gezogen waren, für das am 31. August 1971 Unterschriftsproben hinterlegt worden waren.

Die Kommanditgesellschaft, die inzwischen aufgelöst ist, hat den Betrieb im Jahre 1974 eingestellt. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der GmbH ist mangels Masse abgelehnt worden.

Die Klägerin hat die Inanspruchnahme des Beklagten für ihre Restforderung von 19.387,08 DM damit begründet, daß sie stets den Beklagten persönlich als ihren Vertragspartner angesehen habe. Sie hat dazu behauptet, der Beklagte habe sich selbst am 22. Juni 1971 als Nachfolger für den "Ratskeller" bei ihr gemeldet. Der Beklagte hat dies bestritten und vorgetragen, nicht er, sondern die Germania Brauerei habe die Umzugsmeldung veranlaßt; er selbst sei hinsichtlich des Gaststättenbetriebs immer als Vertreter der Gesellschaft aufgetreten.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die

Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie das Berufungsgericht meint, der Beklagte persönlich Partner des Strom-, Gas- und Wasserlieferungsvertrags geworden ist, wenn er der Klägerin gegenüber unter der Bezeichnung "Ratskeller, Inhaber Dieter G[REDACTED]" aufgetreten ist, oder ob entsprechend den vom erkennenden Senat in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätzen über das Auftreten unter einer Firmenbezeichnung (vgl. BGHZ 62, 216, 219 ff; 64, 11, 14 f) auch hier der Vertrag mit dem wirklichen Inhaber des Gaststättenbetriebs zustande kam, weil es sich um ein unternehmensbezogenes Geschäft handelte. Auf diese Frage kommt es nicht an, da der Beklagte der Klägerin zumindest unter Rechtsscheinsgesichtspunkten haftet, wenn er tatsächlich in dieser Weise gehandelt hat. Indessen ist letzteres, wie die Revision zu Recht rügt, bislang nicht festgestellt. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung des Beklagten darauf gestützt, daß ihm die Notwendigkeit, die Gaststätte der Klägerin gegenüber auf sich umzumelden, bekannt gewesen sei; deshalb müsse er auch dann, wenn nicht er selbst, sondern die G[REDACTED]-Brauerei ihn persönlich der Klägerin als Betriebsinhaber bezeichnet habe, dies gegen sich gelten lassen. Dem kann nicht gefolgt werden. Wenn, was für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, die G[REDACTED] Brauerei die Ummeldung veranlaßt und dabei den neuen Inhaber unvollständig und damit falsch angegeben hat, so ist auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen nicht ersichtlich, unter welchem Gesichtspunkt der Beklagte sich dieses Verhalten zurechnen lassen müßte. Für den Beklagten, der

unstreitig den Unterpachtvertrag mit der Brauerei namens der Kommanditgesellschaft abgeschlossen hatte, bestand kein Grund zur Annahme, daß die Brauerei die Gaststätte auf seinen Namen anmelden würde. Gleiches gilt für die vom Berufungsgericht zusätzlich in seine Erwägungen einbezogene unzutreffende Inhaberbezeichnung in dem im August 1973 vom Elektriker K. [REDACTED] ausgefüllten und der Klägerin übersandten Anmeldeformular über die von diesem ausgeführte Nachinstallation. Daß etwa der Beklagte sich K. [REDACTED] gegenüber persönlich als Inhaber der Gaststätte ausgegeben oder die falsche Eintragung in dem Formular gekannt hätte, ist nicht vorgetragen.

Das Berufungsgericht führt schließlich noch an, der Beklagte habe aus den auf ihn ausgestellten Rechnungen erkannt, daß die Klägerin ihn persönlich als ihren Vertragspartner angesehen habe; gleichwohl habe er diese Rechnungen beglichen oder begleichen lassen. Auch damit läßt sich jedoch eine Haftung des Beklagten nicht begründen. Rechnungen sind nicht dazu da, einen bereits feststehenden Vertragsinhalt abzuändern. Allerdings wäre es denkbar, das bloße Weiterliefern durch die Klägerin nach dem Inhaberwechsel dahin auszulegen, daß die Frage, wer ihr neuer Vertragspartner sei, zunächst - zumal im Hinblick auf den für sie bestehenden Kontrahierungszwang - offenbleiben und erst später endgültig geklärt werden sollte. Diesen Schwebezustand hätte die Klägerin aber nicht einfach dadurch beenden können, daß sie ohne weitere Bemerkung eine in bestimmter Weise adressierte Rechnung übersandte. Sie hätte dann vielmehr durch ausdrückliche Anfrage zu erkennen geben müssen, daß es ihr nunmehr darauf ankam festzulegen, wer ihr Vertragspartner sei.

2. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Der Vertrag über die Strom-, Gas- und Wasserlieferungen ist allerdings spätestens dadurch zustande gekommen, daß nach Übernahme der Gaststätte am 16. September 1971 jene Leistungen abgenommen wurden (vgl. BGH, Urt. v. 9. 10. 61 - VIII ZR 107/60, LM Allgemeine Bedingungen der Elektrizitätsversorgungsunternehmen Nr. 10). Jedenfalls bei dieser Fallgestaltung wäre Vertragspartner der Klägerin der tatsächliche Abnehmer ihrer Leistungen geworden. Das war der Inhaber der Gaststätte, also die "Dieter Gi [REDACTED] GmbH & Co. KG". Für den gegen den Beklagten geltend gemachten Anspruch kommt es deshalb darauf an, ob er unter irgendeinem Gesichtspunkt für die so eingegangenen Verbindlichkeiten einstehen muß.

Bei Aufnahme des Geschäftsbetriebs am 16. September 1971 waren weder die Kommanditgesellschaft noch auch nur die persönlich haftende Gesellschafterin, die GmbH, bereits im Handelsregister eingetragen. Bei dieser Sachlage ist es zweifelhaft, um was für ein rechtliches Gebilde es sich bei der "Dieter Gi [REDACTED] GmbH & Co. KG" handelte. Eine wie auch immer zusammengesetzte Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann es anders als in den Fällen, die der Senat bisher zu entscheiden hatte (BGHZ 63, 45 und 69, 95), nicht gewesen sein. Das Betreiben einer Gaststätte ist ein Grundhandelsgewerbe im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB; dafür, daß die Führung des "Ratskellers" einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert hätte (§ 4 HGB), besteht kein Anhaltspunkt. Eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft kann aber kein Grundhandelsgewerbe betreiben; sobald sie es tut, wandelt sie sich ohne weiteres in eine Personengesellschaft des Handelsrechts um. Eine solche muß demnach hier vorgelegen haben. Ob es sich

dabei um eine Kommanditgesellschaft handelte, hängt davon ab, ob eine noch nicht eingetragene GmbH ("Vor-GmbH") bereits persönlich haftende Gesellschafterin einer Handelsgesellschaft sein kann (bejahend Ulmer in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. § 11 Anm. 102; Binz, GmbH-Rdsch. 1976, 29, 31; ders., Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH & Co. KG, S. 176 ff, 213; Huber in Festschr. f. Hefermehl, 1976, S. 127, 148). Verneint man dies und sieht man auch nicht die Gründer der GmbH als persönlich haftende Gesellschafter an (vgl. dazu Huber aaO S. 147, 154), so käme eine aus den "Kommanditisten" als Gesellschaftern bestehende - möglicherweise fehlerhafte - offene Handelsgesellschaft in Betracht (so K. Schmidt, NJW 1975, 665, 669). Welche dieser Ansichten richtig ist, braucht indessen hier ebensowenig entschieden zu werden wie in dem bereits erwähnten Urteil des Senats BGHZ 69, 95, 98, das ein "sollkaufmännisches" Unternehmen und damit eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Gegenstand hatte. Denn der Beklagte haftet auf der Grundlage des bisher festgestellten Sachverhalts unter keinem der sich aus den verschiedenen Lösungen ergebenden Gesichtspunkte für die hier geltend gemachten, aus den Jahren 1973 und 1974 stammenden Rechnungsrückstände.

a) Handelte es sich bis zur Eintragung der GmbH am 12. Januar 1972 um eine offene Handelsgesellschaft, so haftet der Beklagte für die bis zu diesem Zeitpunkt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 128 HGB. Für die danach entstandenen Gesellschaftsschulden gilt dies nicht ohne weiteres. Jedenfalls mit Eintragung der GmbH ist die Gesellschaft zur Kommanditgesellschaft geworden. Da diese allerdings als solche immer noch nicht im Handelsregister eingetragen war, würde der Beklagte bis zu dem Zeitpunkt, als das geschah, also bis zum 13. März 1972, als Kommanditist unter den

Voraussetzungen des § 176 Abs. 1 HGB unbeschränkt weiterhaften. Für später begründete Verbindlichkeiten kommt dagegen eine persönliche unbeschränkte Haftung des Beklagten nicht in Betracht.

Die Forderungen der Klägerin auf Bezahlung ihrer Rechnungen für 1973 und 1974 sind durch den spätestens bei Aufnahme des Gaststättenbetriebs durch die "Kommanditgesellschaft" geschlossenen einheitlichen Versorgungsvertrag begründet worden. Denn ein Energie- und Wasserversorgungsvertrag stellt jedenfalls dann ein einheitliches Dauerschuldverhältnis dar, wenn, wie hier, ein Sondertarif vereinbart ist (BGH, Urt. v. 19. 10. 60 - VIII ZR 206/59, LM KO § 17 Nr. 3 unter A I). Die Gesellschaft war zu jenem Zeitpunkt auch bereits gemäß § 123 Abs. 2 HGB nach außen wirksam geworden, und zwar schon durch die im Namen der Gesellschaft bei der Commerzbank vorgenommene Konteneröffnung. Gleichwohl steht damit noch nicht endgültig fest, daß der Beklagte für die Bezahlung der Lieferungen der Klägerin aus den Jahren 1973 und 1974 haftet.

Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, der ausgeschiedene Gesellschafter - einem solchen steht ein persönlich haftender Gesellschafter, dessen Stellung in die eines Kommanditisten umgewandelt wird, gleich - brauche für die laufenden Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis nur insoweit einzustehen, als sie Leistungen betreffen, die der andere Vertragsteil bis zum ersten zulässigen Kündigungstermin nach dem Ausscheiden erbracht habe (Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl. § 29 II 4 S. 449 Fn. 44; Fischer in Großkomm. HGB, 3. Aufl. § 128 Anm. 53; Westermann, Handbuch der Personengesellschaften I 359; Baumbach/Duden, HGB

22. Aufl. § 128 Anm. 5 B; Rohe, Die Haftung des ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters aus längerfristigen Schuldverhältnissen der Gesellschaft, S. 129 ff). Der Senat hat in der Entscheidung BGHZ 36, 224, 229 die Frage, ob dem zu folgen ist, ausdrücklich offengelassen (vgl. auch Fischer, Anm. hierzu in LM HGB § 128 Nr. 10). Sie ist zu bejahen. Ein ausscheidender Gesellschafter kann nicht zeitlich unbegrenzt für laufende Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftbar gemacht werden. Das ihm mit einer solchen Haftung aufgebürdete, nicht mehr überschaubare Risiko wäre für ihn unzumutbar. Die Haftung des Ausscheidenden muß deshalb in diesen Fällen unabhängig von der Verjährungsfrist des § 159 Abs. 1 HGB, die für jede Einzelleistung bei deren Fälligkeit gesondert zu laufen beginnt, zeitlich in vernünftiger Weise begrenzt werden. Der Zeitpunkt des Ausscheidens selbst kann dabei allerdings nicht maßgebend sein, da dem Vertragsgegner die Möglichkeit gegeben werden muß, sich, wenn ihm die nach dem Ausscheiden des Gesellschafters verbleibende Haftungsgrundlage nicht ausreicht, rechtzeitig von dem Dauervertrag zu lösen oder zumindest eine Änderungskündigung auszusprechen. Die Haftung des Ausscheidenden erstreckt sich deshalb auf den Zeitraum bis zum ersten auf sein Ausscheiden folgenden Kündigungstermin; für solche Verbindlichkeiten, die auf erst danach erbrachten Teilleistungen beruhen, braucht er nicht einzustehen. Eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung mit dem anderen Vertragspartei ist hierfür entgegen der im Schrifttum teilweise vertretenen Meinung (Schlegelberger/Geßler, HGB 4. Aufl. § 128 Anm. 31, 34) nicht erforderlich. Der Vertragsgegner ist hinreichend durch § 15 Abs. 1 und 2 HGB geschützt. Etwas anderes gilt auch nicht für den hier gegebenen Fall eines Vertrages mit Kontrahierungszwang. Die Klägerin hätte zwar den Vertrag durch eine Kündigung nicht endgültig beenden können, weil sie verpflichtet gewesen wäre,

sofort einen neuen Lieferungsvertrag abzuschließen. Gleichwohl behält auch in einem solchen Fall die Kündigungsmöglichkeit ihren Sinn, weil durch eine Kündigung einzelne Vertragsmodalitäten den neuen Gegebenheiten angepaßt werden können (z. B. Tarifikündigung, Stellung von Sicherheiten und dergleichen).

Im vorliegenden Fall endete demnach die etwaige persönliche unbeschränkte Haftung des Beklagten aus § 128 HGB grundsätzlich mit Eintragung der GmbH, weil er spätestens in diesem Zeitpunkt die bloße Stellung eines Kommanditisten erlangte. Daran schloß sich allerdings, wie bereits erwähnt, die bis zur Eintragung der Kommanditgesellschaft dauernde Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB an. Denn der Beklagte hatte der Aufnahme der Geschäfte vor diesem Zeitpunkt zugestimmt, und die Klägerin kannte, wie in der Berufungsinstanz unstreitig geworden ist, weder die Kommanditisteneigenschaft des Beklagten noch die Rechtsform des von ihm geleiteten Unternehmens. Auch für diese Haftung gelten jedoch die oben dargelegten Erwägungen über die Begrenzung des Haftungszeitraums bei Dauerschuldverhältnissen. Die in § 176 HGB angeordnete unbeschränkte Haftung des Kommanditisten endet mit Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister; nur für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten hat er unbeschränkt einzustehen. Seine Lage ist daher mit der eines persönlich haftenden Gesellschafters vergleichbar, dessen Stellung in die eines Kommanditisten umgewandelt wird. Das rechtfertigt es, die Haftung für laufende Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis auch hier nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen zu begrenzen. Sie erstreckt sich demnach nicht auf Verbindlichkeiten für Teilleistungen, die nach dem Zeitpunkt erbracht werden, zu dem das Vertragsverhältnis nach Eintragung der Kommanditgesellschaft erstmals fristgemäß gekündigt werden kann.

Im vorliegenden Fall fehlt es dazu, wann das Vertragsverhältnis nach der am 13. März 1972 bewirkten Eintragung der Kommanditgesellschaft erstmals gekündigt werden konnte, bisher an einem Parteivortrag (vgl. dazu Abschn. IX Nr. 1 der Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz der Elektrizitätsversorgungsunternehmen und der Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsnetz). Wäre dies vor Beginn des Abrechnungszeitraums 1973 der Fall gewesen, so bestünde für die mit der Klage geltend gemachten Beträge keine Haftung des Beklagten; anderenfalls wäre sie je nach dem Zeitpunkt des ersten zulässigen Kündigungstermins ganz oder teilweise zu bejahen.

b) War die Gesellschaft bereits vor Eintragung der GmbH eine Kommanditgesellschaft, so ist das Ergebnis kein anderes.

aa) Eine - unbeschränkte - persönliche Haftung des Beklagten käme dann zunächst wiederum, und zwar von vornherein, unter dem Gesichtspunkt des § 176 Abs. 1 HGB in Betracht. Für sie gelten die obenstehenden Ausführungen.

bb) Weiter wäre wegen § 128 HGB eine persönliche Haftung des Beklagten als Mitglied der Gründergesellschaft der GmbH ("Vor-GmbH") zu erwägen, und zwar einmal dann, wenn man die GmbH-Gründer selbst als persönlich haftende Gesellschafter der Kommanditgesellschaft ansieht, zum anderen, wenn man zwar die Vor-GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin behandelt, daneben jedoch eine - beschränkte - persönliche Haftung der Gründer annimmt (BGHZ 65, 378, 382 f; Ulmer aaO § 11 Anm. 60; gegen eine persönliche Haftung der Gründergesellschaftler Binz, Haftungsverhältnisse, S. 231 ff). Darauf, welche

der einzelnen Lösungen richtig ist, kommt es jedoch hier ebensowenig an wie darauf, ob und unter welchen Voraussetzungen eine persönliche Haftung der Gründer bei Eintragung der GmbH erlischt. Denn auch eine solche Haftung würde sich aus den dargelegten Gründen nicht auf die laufenden Rechnungsbeträge erstrecken, die den nach Fortfall der Haftungsvoraussetzungen liegenden Zeitraum betreffen. Die Voraussetzungen für eine Gründerhaftung sind mit Entstehung, also mit Eintragung der GmbH, fortgefallen. Die Haftung des Beklagten als Gründer der GmbH kann daher jedenfalls nicht weitergehen als die nach § 176 HGB.

cc) Im Schrifttum wird schließlich die Ansicht vertreten, der Geschäftsführer einer Vor-GmbH & Co. KG hafte für sein Handeln in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG (Huber aaO S. 142 ff; Binz, GmbH-Rdsch. 1976, 34 f; anders ders. in Haftungsverhältnisse, S. 238 ff, 253 ff, 256; vgl. auch Ulmer aaO § 11 Anm. 104: Haftung der Vor-GmbH als handelnden Organs der Kommanditgesellschaft; a. M. K. Schmidt, NJW 1975, 665 667, 668 m. w. N.). Wie im Urteil des Senats BGHZ 69, 95, 102 braucht die Frage auch im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden. Der Beklagte kann für die Klageforderung unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls nicht in Anspruch genommen werden.

Die GmbH haftet, nachdem sie als solche durch Eintragung entstanden ist, als persönlich haftende Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft für deren Schulden und damit auch für die Bezahlung der Lieferungen der Klägerin. Es ist dabei gleichgültig, ob diese Haftung darauf beruht, daß der Vertrag über die Beteiligung der GmbH an der Dieter Gi [REDACTED] GmbH & Co. KG ohne weiteres für die eingetragene GmbH verbindlich wurde, oder ob diese Rechtsfolge erst dadurch eingetreten ist, daß die

GmbH nach ihrer Eintragung das Gesellschaftsverhältnis aufgenommen und damit auch rechtlich anerkannt hat (BGHZ 69, 95, 102/03). Jedenfalls stand dem Zugriff der Klägerin das gesamte Vermögen sowohl der Kommanditgesellschaft wie auch der GmbH offen. Der Senat hat in der genannten Entscheidung angedeutet, daß er der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wie auch bereits des Reichsgerichts, wonach der Eintritt der GmbH in die Verbindlichkeit den Geschäftsführer nicht ohne Zustimmung des Gläubigers von seiner Haftung befreien soll (Urt. v. 21. 11. 52 - I ZR 174/51, v. 15. 6. 55 - IV ZR 304/54, u. v. 4. 1. 65 - VIII ZR 118/63, LM GmbHG § 11 Nr. 2, 6 u. 14; RGZ 72, 401, 404; 116, 71, 74), voraussichtlich nicht wird folgen können. Die Gründe hierfür sind auch hier nicht in aller Breite darzulegen. Es sei jedoch betont, daß sich der erkennende Senat durch die in § 41 Abs. 2 AktG getroffene Sonderregelung nicht genötigt sieht, die bisherige Rechtsprechung weiterzuführen. Diese Vorschrift, nach der die Aktiengesellschaft eine vor ihrer Eintragung eingegangene Verpflichtung binnen drei Monaten nach Eintragung ohne Zustimmung des Gläubigers mit befreiender Wirkung für den Handelnden übernehmen kann, ist mit Recht als wenig geglückt bezeichnet worden; sie paßt weder für den Fall des sich unmittelbar mit der Eintragung vollziehenden Übergangs der Verbindlichkeit auf die GmbH noch für die außerhalb der Sonderregelung mögliche Genehmigung nach §§ 177 ff BGB und läßt auch die Frage des Übergangs der durch den Handelnden begründeten Rechte auf die Aktiengesellschaft ungeregelt (siehe dazu Lieb, Betr. 1970, 961, 967 f; Flume, Festschr. f. Geßler, 1971, S. 3, 44 f; Fleck, ZGR 1975, 212, 219, 230; auch Ulmer aaO § 11 Anm. 66 nennt die Bestimmung mißglückt). Die im Jahre 1937 erstmals geschaffene Regelung (damals § 34 Abs. 2 AktG) ist auf einem Stand der Rechtsprechung und Wissenschaft entstanden, der dem heutigen in vielem nicht mehr entspricht.

Das hat auch der Gesetzgeber gesehen, als er 1965 die Bestimmung als § 41 Abs. 2 in das neue Aktiengesetz übernahm; denn in der Begründung zu § 38 des Regierungsentwurfs (= § 41 AktG) heißt es, anstelle einer gesetzlichen Regelung der Streitfragen zum Recht der Vorgesellschaft sei es zweckmäßiger, diese der Wissenschaft und Rechtsprechung zur Klärung zu überlassen (BT-Drucks. IV/171 S. 110). Es ist hier nicht zu entscheiden, ob im Aktienrecht die Sonderregelung des § 41 Abs. 2 AktG die Annahme einer durch sie nicht gedeckten Haftungsfreistellung zuläßt (siehe dazu Fleck aaO S. 230; Flume aaO S. 45). Jedenfalls erscheint es unter den dargelegten Umständen nicht geboten, die für das Aktienrecht geschaffene Spezialregelung im Wege der Analogie auf das Recht der GmbH zu übertragen und auf diese Weise eine Schranke gegen eine sinnvolle Auslegung der GmbH-Vorschriften zu errichten. Das ist um so weniger notwendig, als auch die bisherige Rechtsprechung und das Schrifttum, soweit sie das Erlöschen der Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG mit Eintritt der GmbH in die Verbindlichkeit verneinen, es abgelehnt haben, die demgegenüber für den Handelnden günstigere, dem GmbH-Recht aber fremde Regelung des § 34 Abs. 2 bzw. § 41 Abs. 2 AktG entsprechend anzuwenden (so ausdrücklich der I. und der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in den Urteilen v. 21. 11. 52 und 4. 1. 65 LM GmbHG § 11 Nr. 2 und 14; Kuhn, WM 1956 Sonderbeilage 5 S. 11; a. A. allerdings Ulmer, der aaO Anm. 85 die analoge Anwendung des § 41 Abs. 2 AktG befürwortet und dementsprechend - aaO Anm. 82 - ein automatisches Erlöschen der Haftung des Handelnden verneint).

Trotz der oben genannten, dieser Entscheidung entgegenstehenden Urteile des Bundesgerichtshofes erübrigt sich indessen im vorliegenden Fall eine Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen, weil es sich hier um ein Dauer-

schuldverhältnis handelt und die Klägerin ausschließlich Bezahlung von Rechnungen verlangt, die sich auf Leistungen aus der Zeit nach Eintragung der GmbH beziehen. Die Entscheidung des I. Zivilsenats (LM GmbHG § 11 Nr. 2) betraf kein Dauerschuldverhältnis. Dem Urteil des IV. Zivilsenats (LM GmbHG § 11 Nr. 6) lag zwar ein Kreditöffnungsvertrag zugrunde, bei dem über den Kredit erst nach und nach durch Ziehung von Schecks verfügt werden sollte; in der Revisionsinstanz ging es jedoch ausschließlich um die Rückzahlung solcher Kreditbeträge, die vor Eintragung der GmbH im Handelsregister in Anspruch genommen worden waren (vgl. den Abdruck in WM 1955, 1017). Der VIII. Zivilsenat hat mitgeteilt, er halte allgemein an seiner früheren Auffassung (LM GmbHG § 11 Nr. 14) nicht mehr fest.

Bei Dauerschuldverhältnissen ist die Interessenlage unter dem Gesichtspunkt der Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG grundsätzlich nicht anders zu beurteilen als im Fall des Ausscheidens eines persönlich haftenden Gesellschafters. Wird die GmbH, sei es unmittelbar durch die Eintragung, sei es durch rechtsgeschäftliche Erklärung, selbst Vertragspartnerin eines während des Gründungsstadiums von ihrem Geschäftsführer eingegangenen Dauerschuldverhältnisses oder hat sie - als persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft - mit ihrem Vermögen für die Verbindlichkeiten aus einem solchen Vertrag einzustehen, wäre es jedenfalls unangemessen, den Handelnden mit der Bezahlung der später während der gesamten Vertragsdauer anfallenden Einzelleistungen zu belasten und dem Gläubiger insoweit neben der GmbH - und hier außerdem neben der Kommanditgesellschaft - für immer einen weiteren Schuldner zu geben. Auch hier muß sich deshalb die Haftung des Handelnden zumindest auf den Zeitraum bis zum Beginn der eigenen Haftung der GmbH beschränken (so zu Recht Schilling

in Hachenburg, GmbHG 6. Aufl. § 11 Anm. 12 unter Hinweis auf Hachenburg, JW 1927, 1091, 1092). Das ist, auch wenn die Haftung der GmbH erst durch deren rechtsgeschäftliche Erklärung (Eintritt in den Vertrag oder dessen Genehmigung) begründet wird, in aller Regel der Zeitpunkt der Eintragung der GmbH im Handelsregister, weil sich in diesen Fällen die GmbH regelmäßig ab ihrer Entstehung als juristische Person verpflichten will. Anders als beim Ausscheiden eines persönlich haftenden Gesellschafters erstreckt sich die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG für Verbindlichkeiten aus dem Dauerschuldverhältnis jedoch nicht auf den Zeitraum bis zu dem auf die Eintragung folgenden ersten Kündigungstermin. Mit der Eintragung der GmbH erhält der Gläubiger den Vertragspartner, mit dem er von vornherein rechnen durfte. Es besteht daher kein Grund, ihm die persönliche Haftung des Handelnden bis zu dem Zeitpunkt zu belassen, in dem er erstmals nach Eintritt der GmbH in den Vertrag das Dauerschuldverhältnis beenden kann. Wenn im übrigen vom Schrifttum und auch von der bisherigen Rechtsprechung für den Eintritt dieser Wirkung der Abschluß einer, sei es auch nur stillschweigenden, Vereinbarung mit dem Gläubiger für nötig gehalten wird (Kuhn aaO S. 12; Ulmer aaO § 11 Anm. 80, 84; RGZ 116, 71, 74; BGH, Urt. v. 15. 6. 55 - IV ZR 304/54, u. v. 4. 1. 65 - VIII ZR 118/63, LM GmbHG § 11 Nr. 6 u. 14), so vermag der Senat dem aus den genannten Gründen nicht zu folgen.

Damit scheidet eine Haftung des Beklagten nach § 11 Abs. 2 GmbHG für die Klageforderung aus.

c) Nach § 171 Abs. 1 HGB haftet der Beklagte der Klägerin bis zur Höhe seiner Kommanditeinlage, soweit er sie nicht geleistet haben sollte. Hierzu fehlt es bislang an einem Parteivortrag. Im Streitfall müßte der Beklagte die Einzahlung seiner Einlage beweisen.

3. Nach allem kann das Berufungsurteil mit der bisherigen Begründung nicht bestehen bleiben. Andererseits ist aufgrund des bisher festgestellten Sachverhalts nicht auszuschließen, daß die Klage unter dem Gesichtspunkt der eigenen Vertragshaftung des Beklagten oder der Rechtsscheinhaftung (siehe oben 1), aufgrund unbeschränkter Haftung nach §§ 128, 176 HGB (siehe oben 2 a, b aa) oder in Höhe nicht eingezahlter Einlage nach § 171 Abs. 1 HGB (siehe oben 2 c) begründet ist. Hierzu sind weitere tatsächliche Feststellungen nötig. Die Sache ist daher unter Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Stimpel

Bundschuh

Dr. Schulze

Dr. Skibbe

Fleck