

L

BUNDESGERICHTSHOF 2048 033

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 221/65

URTEIL

Verkündet am

15. Januar 1968

H e i l

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilhelm S [REDACTED],
O [REDACTED] (Rheinl.), G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

die Firma E [REDACTED]- und V [REDACTED]-F [REDACTED]-
gesellschaft mbH, vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Karl-Heinz G [REDACTED] K [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Bukow, Dr. Schulze, Fleck und Stimpel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24. Juni 1965 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte und vierzehn weitere Personen haben am 13. Januar 1960 in notarieller Form einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung der Firma R. Beteiligungs-Gesellschaft m.b.H. und einen weiteren Vertrag zur Errichtung einer Kommanditgesellschaft unter der Firma W.-Expres-Reinigung GmbH & Co. KG abgeschlossen. An der W. KG beteiligten sie sich als Kommanditisten; alleinige persönlich haftende Gesellschafterin sollte die R. GmbH sein. Zu Geschäftsführern der Kommanditgesellschaft bestellten sie im Gesellschaftsvertrag die Kommanditisten Br. und B. Die W. KG ist nicht im Handelsregister eingetragen worden, die R. GmbH hat das Registergericht am 19. Juni 1960 eingetragen. Bereits Anfang des Jahres 1961 beantragte Br., über das Vermögen der W. KG das

Konkursverfahren zu eröffnen. Das Amtsgericht wies den Antrag mangels einer die Verfahrenskosten deckenden Masse zurück.

Die Klägerin nimmt den Beklagten als Gesellschafter der W■■■ KG aus einer Bürgschaft in Anspruch, die Br■■■ und B■■■ am 11. Juli 1960 unter dem Namen "W■■■-Expresß-Reinigung" für Forderungen übernommen haben, die der Klägerin aus laufender Geschäftsverbindung gegen die (später in Konkurs gefallene) R■■■-L■■■-F■■■ GmbH i.L. (im folgenden: RLF) zustanden und zustehen würden. Der Beklagte meint, er hafte aus dieser Bürgschaftsverpflichtung nicht; außerdem stünden der Klägerin die Ansprüche gegen die Hauptschuldnerin, die sie der geltend gemachten Bürgschaftsforderung zugrunde lege, nicht zu.

Land- und Oberlandesgericht haben der Klage auf Zahlung eines Teilbetrages von 20.000 DM nebst Zinsen stattgegeben. Mit der Revision, die die Klägerin zurückzuweisen beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag weiter, die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die Klage für begründet, weil der Bürgschaftsvertrag zwischen der Klägerin und der W■■■ KG rechtswirksam zustandegekommen sei und der Beklagte als deren Gesellschafter für die aus diesem Vertrag entstandenen Verbindlichkeiten unbeschränkt hafte. Auf die Haftungsbeschränkung eines Kommanditisten könne er sich gemäß §§ 176, 128 HGB nicht berufen. Die W■■■ KG sei nicht ins Handelsregister eingetragen worden. Den Beweis, der



Klägerin sei bekannt gewesen, daß er nur als Kommandist beteiligt gewesen sei, habe der Beklagte nicht geführt. Den Bestand von Hauptforderungen gegen die RLF, die sie ihrem Bürgschaftsanspruch zugrundelege, habe die Klägerin unter Vorlage der wesentlichen Urkunden im einzelnen dargetan. Der Beklagte habe demgegenüber keine substantiierten Einwendungen vorgebracht. Infolgedessen stünden der Klägerin aus den Geschäftsvorgängen H., We., Kl. und He. noch Forderungen in Höhe von 20.000 DM zu; Eingänge aus dafür bestellten Sicherheiten seien nicht mehr zu erwarten.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit einer größeren Zahl von Rügen. Diese sind zum Teil begründet.

1. Die angefochtene Entscheidung läßt sich schon deshalb nicht aufrechterhalten, weil das Berufungsgericht zum Bestand von Forderungen der Klägerin gegen die RLF, für die die W. KG und der Beklagte haften sollen, keine ausreichenden Feststellungen getroffen hat. Bei den vier zur Begründung der Klage herangezogenen Geschäftsvorgängen handelt es sich um Finanzierungsdarlehen, die die Klägerin an Käufer von Kraftfahrzeugen gegeben und die ihr die RLF vermittelt hatte. Zur Klärung der Frage, ob die Klägerin daraus Ansprüche gegen die RLF herleiten kann, genügte der allgemeine Hinweis auf ihren Sachvortrag und die von ihr vorgelegten Urkunden nicht. Es hätte im einzelnen geprüft werden müssen, aus welchem Rechtsgrund und in welcher Höhe die Klägerin im Zusammenhang mit diesen Finanzierungsgeschäften Ansprüche gegen die RLF erworben hat und ob diese von der Bürgschaft der W. KG gedeckt werden. Dazu bestand insbesondere aus folgenden Gründen Anlaß:

a) Im Falle He [REDACTED] beruft sich die Klägerin auf einen Anspruch gegen die RLF von 3.886,33 DM. Das ist der Betrag, den nach ihrer Behauptung He [REDACTED] mit der Rückzahlung des ihm gewährten Darlehns schuldig geblieben ist. Ob die RLF eine Verpflichtung in dieser Höhe hat, ist dem Vortrag der Klägerin nicht sicher zu entnehmen. Schlüssig dargetan hat sie in diesem Zusammenhang nur einen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses von 3.000 DM, den die RLF durch Verkauf des von He [REDACTED] gekauften und der Klägerin sicherungsübereigneten Kraftfahrzeugs erzielt haben will. Weitergehende Ansprüche könnten der Klägerin aus der Bürgschaft zustehen, die die RLF mit Erklärung vom 11. September 1959 für alle Forderungen aus der Kredithergabe an He [REDACTED] übernommen hat. Ob noch Forderungen der Klägerin gegen He [REDACTED] bestehen, ist aber zweifelhaft. Ihre bisherigen Ausführungen sprechen dafür, daß He [REDACTED] ein finanziertes Abzahlungsgeschäft abgeschlossen hat, auf das die Vorschriften des Abzahlungsgesetzes entsprechend anzuwenden sind, und daß ihm die RLF auf Grund des Sicherungseigentums der Klägerin in deren Auftrag den Besitz an dem gekauften Pkw entzogen hat. War das der Fall, dann hat die Klägerin, soweit bisher ersichtlich, Ansprüche gegen He [REDACTED] aus dem Darlehnsvertrag gemäß §§ 6, 5 AbzG verloren. Ihr könnten allenfalls noch Ansprüche aus dem Abwicklungsverhältnis entsprechend §§ 1 bis 3 AbzG (vgl. dazu BGHZ 3, 257 ff; 47, 241, 242; 47, 246 ff) zustehen. Dazu hat die Klägerin nichts vorgetragen. Infolgedessen hat sie auch eine Bürgschaftsverpflichtung der RLF nicht schlüssig dargetan.

b) Im Falle H [REDACTED] hat die Klägerin geltend gemacht die RLF schulde ihr 7.050,20 DM. Der Anspruch ist in Höhe von 5.100 DM schlüssig, da die RLF nach dem Vortrag der

Klägerin auch hier den sicherungsübereigneten Pkw verkauft und den Erlös nicht abgeliefert hat. Der Gesamtbetrag von 7.050,20 DM entspricht der behaupteten Darlehns-Restschuld H■■■■s. Welche Verpflichtungen die RLF gerade wegen der Ansprüche der Klägerin aus dieser Kredithergabe eingegangen sei, hat diese nicht vorgetragen; sie hat nur ganz allgemein und damit nicht hinreichend substantiiert behauptet, die RLF sei ihr aus Finanzierungsgeschäften in Höhe von 81.221 DM als Wechselschuldnerin oder als Bürgin verpflichtet. Im übrigen gilt auch hier wie im Falle He■■■■, daß eine Darlehnsschuld H■■■■s gemäß §§ 6, 5 AbzG nicht mehr bestehen dürfte, die Klägerin für eine Abwicklungsschuld nichts vorgetragen und daher eine Verpflichtung der RLF auch insoweit nicht schlüssig behauptet hat.

Sie hat sich allerdings noch darauf gestützt, die RLF habe anerkannt, den Betrag zu schulden, den jene als Darlehns-Restschuld H■■■■s berechnet hatte. Da aber nach ihrem bisherigen Vortrag angenommen werden muß, dem Anerkenntnis habe keine vertragliche Verpflichtung der RLF in dieser Höhe zugrunde gelegen, muß geprüft werden, ob sich die Klägerin gegenüber der W■■■■ KG und dem Beklagten gegenüber auf das Anerkenntnis berufen kann, falls sich dieses überhaupt - was nach dem Schreiben der RLF vom 28. Juli 1960 zweifelhaft sein kann- auf die gesamte Darlehnsschuld H■■■■s bezog.

c) Im Falle We■■■■■■■■■■ hat die Klägerin die Entstehung eines Anspruchs in Höhe von 6.373,20 DM mit der Behauptung schlüssig dargetan, sie habe der RLF Schecks in dieser Höhe zur Auszahlung des Darlehns übersandt, diese habe sie aber zur Tilgung eigener Verbindlichkeiten

verwertet. Woraus sie die Entstehung eines höheren Anspruchs gegen die RLF (7.762 DM = die mit We [REDACTED] vereinbarte Darlehenssumme) herleiten will, läßt ihr bisheriger Sachvortrag nicht erkennen. Andererseits räumt sie ein, ihr Anspruch habe sich durch Gutschriften um 1.414,61 DM ermäßigt. Aus ihren Ausführungen ergibt sich daher nicht der geltend gemachte Anspruch von 6.347,39 DM, sondern nur ein solcher von 4.958,59 DM.

d) Im Falle Kl [REDACTED] hat die Klägerin der Klage einen Schadensersatzanspruch gegen die RLF zugrunde gelegt, weil sie der RLF Schecks zur Auszahlung des vereinbarten Darlehns übersandt, die RLF die Schecks für sich eingezogen habe und sie, die Klägerin, daraufhin in einem Rechtsstreit mit dem Darlehnsnehmer zur nochmaligen Auszahlung des Darlehns verurteilt worden sei. Der Anspruch ist in Höhe der Scheckbeträge von 2.660,90 DM ohne weiteres schlüssig. Die Frage, ob die RLF für Prozeßkosten und Zinsen in Höhe von weiteren 816,06 DM eintreten muß, hängt von der noch zu prüfenden Frage ab, ob sich die Klägerin verständigerweise auf den Prozeß eingelassen hat oder ihren hierdurch entstandenen Schaden unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB ganz oder teilweise selbst tragen muß.

e) Schließlich können bei allen vier Geschäftsvorgängen auch die schlüssig behaupteten Ansprüche der Klägerin nicht ohne weiteres mit dem Hinweis des Berufungsgerichts als unbegründet angesehen werden, der Beklagte habe "demgegenüber keine substantiierten Einwendungen vorgebracht". Die W [REDACTED] KG hatte eine Bürgschaft "nur zur Sicherung des Ausfalls" übernommen, wobei der Ausfall als festgestellt gelten solle, "wenn und soweit am 31. Juli 1962 Eingänge aus etwa bestehenden Sicherheiten nicht

mehr zu erwarten" seien. Aus dieser Fassung des Vertrages ergibt sich, daß es Sache der Klägerin ist, zur Begründung ihrer Klage darzutun und im Streitfalle zu beweisen, daß am 31. Juli 1962 Forderungen in der geltend gemachten Höhe gegen die RLF bestanden und verwertbare Sicherheiten nicht mehr vorhanden waren (vgl. Fischer in BGB-RKRK 11. Aufl. Anm. 9 vor § 765). Insofern konnte sich der Beklagte zu seiner Verteidigung darauf beschränken, das Vorbringen der Klägerin mit Nichtwissen zu bestreiten, zumal nicht ersichtlich ist, daß er sich aus eigener Kenntnis der Verhältnisse dazu näher hätte erklären können (§ 138 Abs. 4 ZPO). Nur wenn er geltend machen wollte, die Ansprüche der Klägerin gegen die RLF seien nach dem 31. Juli 1962 ganz oder teilweise erloschen, hätte er die dafür maßgeblichen Tatsachen nach den allgemeinen Beweisregeln bei Bürgschaften (vgl. Rosenberg, Die Beweislast 5. Aufl. S. 343 m.w.N.) behaupten und beweisen müssen.

2. Durchgreifende verfahrensrechtliche Bedenken hat die Revision ferner gegen die für die Haftung des Beklagten gemäß §§ 176, 128 HGB rechtserhebliche Annahme des Berufungsgerichts erhoben, der Beklagte habe nicht bewiesen, daß die Klägerin gewußt habe, er sei nur als Kommanditist an der Wiro KG beteiligt gewesen. Der Beklagte hatte im Schriftsatz vom 18. Mai 1965 (Bl. 300/301 GA) behauptet, der Klägerin sei im Frühjahr 1960 das Recht eingeräumt worden, die Bücher und Schriften der RLF zu kontrollieren. Davon habe ihr Geschäftsführer Gerber Gebrauch gemacht. Das ergebe sich schon allein aus den Fotokopien von Niederschriften über Gesellschafterversammlungen und Aufsichtsratssitzungen, die er habe anfertigen lassen und die die Klägerin in diesem Prozeß

vorgelegt habe. Da sich Gerber "in dem aufgezeigten großen Umfange" vom 14. Juni bis zum 30. Juni 1960 informiert habe, habe er bei Abschluß des Bürgschaftsvertrages gewußt, daß sämtliche an der W[REDACTED] KG beteiligten Personen nur als Kommanditisten beigetreten seien. Diese Ausführungen durfte das Berufungsgericht nicht mit der Begründung als unerheblich behandeln, der Beklagte habe nicht dargelegt, inwiefern Gerber aus den Unterlagen der RLF die Verhältnisse bei der W[REDACTED] KG habe erkennen sollen. Der Beklagte hatte ausdrücklich auf die von der Klägerin vorgelegten Ablichtungen hingewiesen. Dazu gehörten Niederschriften über Gesellschafterversammlungen vom 15. Dezember 1959 (Bl. 157 GA) und 13. Januar 1960 (Bl. 161 GA). Diese enthalten nähere Angaben über die Gründung der W[REDACTED] KG und lassen erkennen, der Beklagte werde als Kommanditist beitreten. Die Klägerin hatte nicht ausdrücklich bestritten, die Fotokopien schon im Juni 1960 im Besitz gehabt zu haben, sondern lediglich erklärt, aus Kontrollmöglichkeiten ergebe sich keine positive Kenntnis (Schriftsatz vom 20. Mai 1965, Bl. 304 GA). Daraus kann zwar nicht, wie die Revision meint, geschlossen werden, die Klägerin habe zugestanden, jene Fotokopien damals schon besessen zu haben; das ist nicht möglich, weil der Sachvortrag des Beklagten insoweit nicht klar genug formuliert und für die Klägerin daher in seiner vollen Bedeutung nicht ohne weiteres erkennbar war. Das Berufungsgericht hätte sich jedoch mit dieser Behauptung befassen und den vom Beklagten angetretenen Zeugenbeweis erheben müssen.

Bei einer erneuten Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Beklagte die Kenntnis der Klägerin von seiner Kommanditistenstellung bewiesen hat, bedarf gegebenenfalls auch die Aussage des Zeugen O[REDACTED] einer weite-

ren Überprüfung. Dieser hatte erklärt, G[REDACTED] habe bei einer Besprechung über die W[REDACTED] KG dem Sinne nach geäußert: "Was ist schon die W[REDACTED]? Das ist jeder Gesellschafter mit 500 oder 1.000 DM". Bei der Würdigung dieser Aussage kann der vom Berufungsgericht nicht herangezogene Erfahrungssatz nicht unberücksichtigt bleiben, daß ein Kaufmann das wirtschaftliche Leistungsvermögen einer Gesellschaft nicht nach der Höhe der in sie eingebrachten Einlagen, sondern nach dem haftenden Kapital einschätzt. Seine Beweiswürdigung, die Äußerung Gerbers lasse nicht erkennen, ob G[REDACTED] gemeint hat, "die Gesellschafter hätten die genannten Einlagen als persönlich haftende Gesellschafter oder als Kommanditisten geleistet", die Kenntnis der Klägerin lasse sich daher dieser Äußerung nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, beruht daher bislang auf einer nicht ausreichenden tatsächlichen Beurteilungsgrundlage.

3. Nicht abschließend geklärt ist schließlich die Frage, ob die W[REDACTED] KG rechtswirksam bestanden hat, als der Bürgschaftsvertrag vom 11. Juli 1960 abgeschlossen worden ist.

a) Die Übertragung der Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft an zwei ihrer Kommanditisten kann allerdings entgegen der Ansicht der Revision die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags nicht in Frage stellen.

Die Vertretungsregelung hat das Berufungsgericht rechtlich möglich dahin ausgelegt, den Kommanditisten Br[REDACTED] und B[REDACTED] sei eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht eingeräumt worden. Eine solche Bestimmung wider-

spricht der Vorschrift des § 170 HGB nicht; danach kann den Kommanditisten nur die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft nicht übertragen werden. Rechtlich unzulässig wäre es dagegen gewesen, hätten die Gesellschafter zugleich die gesetzliche Vertretungsmacht der einzigen persönlich haftenden Gesellschafterin, der R. GmbH, ausschließen wollen (BGHZ 41, 367, 369). Das ist aber im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich bestimmt worden und kann auch im Wege der Auslegung nicht angenommen werden, nachdem das Berufungsgericht festgestellt hat, Br. und B. hätten nur kraft rechtsgeschäftlicher Vollmacht die Gesellschaft vertreten sollen.

Ebensowenig lassen sich Bedenken gegen die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages daraus herleiten, daß Br. und B. die Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft übertragen worden ist. Es ist rechtlich möglich, die Rechte und Pflichten von Kommanditisten in dieser Weise zu erweitern (§ 163 HGB); von der Führung der Geschäfte sind die Kommanditisten nur ausgeschlossen, wenn es die Gesellschafter bei der - nicht zwingenden - Regel des § 164 HGB belassen. Der Grundsatz, daß die organschaftliche Geschäftsführung nicht "Dritten" eingeräumt werden kann (BGHZ 36, 292, 293/94), hat damit nichts zu tun, da die Kommanditisten diese Rechte und Pflichten in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter und Mitinhaber des Gesellschaftsunternehmens ausüben (BGHZ 17, 392, 394).

b) Dagegen ist die Kommanditgesellschaft als solche nicht schon, wie das Berufungsgericht angenommen hat, mit Beginn der Geschäfte im April 1960 (§§ 162 Abs. 2, 123 Abs. 2 HGB) wirksam geworden. Eine Komman-

ditgesellschaft setzt zwingend die Beteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafters voraus (§ 161 Abs. 1 HGB). Die R. GmbH, die einzige persönlich haftende Gesellschafterin, war damals zwar schon errichtet, aber noch nicht im Handelsregister eingetragen worden; sie bestand zu diesem Zeitpunkt als juristische Person noch nicht (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Eine Kommanditgesellschaft konnte daher erst wirksam zustande kommen, als die GmbH eingetragen worden und in den am 13. Januar 1960 abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag eingetreten war. Eingetragen hat sie das Registergericht am 29. Juni 1960. Über ihren Eintritt in den Gesellschaftsvertrag hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Die GmbH-Geschäftsführer Jo. und Sc. waren aber selbst Partner der beiden Verträge vom 13. Januar 1960. Der gesellschaftliche Zusammenschluß sowie die im Vertrag bestimmte Aufnahme und weitere Fortführung der Geschäfte unter dem Firmennamen der GmbH & Co. KG entsprachen daher ihrem erklärten Willen. Dem Parteivortrag ist nichts dafür zu entnehmen, daß sie oder die anderen Gesellschafter diesen Willen vor oder nach dem 29. Juni 1960 nicht mehr besessen und das zu erkennen gegeben hätten. Es wird daher angenommen werden können, daß die Geschäftsführer den Beitritt der GmbH durch zumindest schlüssiges Verhalten hinreichend zum Ausdruck gebracht und sich die Kommanditisten in derselben Weise damit einverstanden erklärt haben. Damit stellt sich aber die bisher nicht erörterte und vom Berufungsgericht noch zu prüfende Frage, ob der Wirksamkeit des Beitritts die Vorschrift des § 181 BGB entgegensteht, weil Jo. und Sc. insofern zugleich im Namen der GmbH und im eigenen Namen (als Kommanditisten) gehandelt hätten. Diese Bedenken könnten, soweit

bisher ersichtlich, nur ausgeräumt werden, wenn der GmbH - Vertrag dahin auszulegen wäre, den Geschäftsführern sei für die Beitrittserklärung Befreiung von der Vorschrift des § 181 BGB erteilt worden. Dafür könnte sprechen, daß die Gesellschafter die GmbH offenbar nur zu dem Zweck der Errichtung der Kommanditgesellschaft gegründet haben.

Aus den unter Nr. 1 bis 3 angegebenen Gründen bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen, bevor über den Rechtsstreit abschließend entschieden werden kann. Dazu ist das angefochtene Urteil auf die Revision des Beklagten hin aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Diesem bleibt auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens vorbehalten, weil diese vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Fischer	Dr. Bukow	Schulze
	Fleck	Stempel