

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

HGB §§ 161 176; GmbHG § 11

- a) Wird im Namen einer GmbH & Co. KG ein nicht unter § 1 HGB fallender Geschäftsbetrieb eröffnet, bevor die Komplementär-GmbH und die KG eingetragen worden sind, so besteht zunächst eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Mit der Eintragung beider Gesellschaften wird die KG, soweit nichts anderes vereinbart ist, ohne weiteres Schuldnerin der ursprünglich für die BGB-Gesellschafter begründeten Geschäftsverbindlichkeiten (Klarstellung zu BGHZ 63, 45).
- b) Für die Haftung des Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG gilt bei geschäftlicher Tätigkeit vor der Eintragung dieselbe Verjährungsfrist wie für die Gesellschaft, wenn sie bei Vertragsabschluß schon eingetragen gewesen wäre.
- c) Zur Frage, ob die Haftung des Handelnden erlischt, wenn die mit ihrer Eintragung entstandene GmbH in die Verbindlichkeit eintritt.
- d) § 176 Abs. 1 HGB ist auf die Haftung des Gesellschafters einer Schein-Kommanditgesellschaft nicht anzuwenden (Bestätigung von BGHZ 61, 59, 65 ff).

BGH, Urt. v. 13. Juni 1977 - II ZR 232/75 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 232/75

URTEIL

Verkündet am

13. Juni 1977

Kaufmann,

Justizobersekretärin

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der H[REDACTED] GmbH, vertreten durch ihre Geschäfts-
führer Dipl.-Ing. Hajo H[REDACTED] und Dipl.-Ing. Friedrich
N[REDACTED], L[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Malermeister Eduard Walter W[REDACTED], J[REDACTED] Straße [REDACTED],
B[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

23

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juni 1977
durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die
Richter Fleck, Dr. Bauer, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 21. Mai 1975 wird auf
Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Bauhilfsgeräte her. Der Beklagte
betreibt unter der Firma Eduard W. [REDACTED] ein Malergeschäft.
Zusammen mit Frau W. [REDACTED] gründete er ferner zu gleichen
Anteilen die "F. [REDACTED]-Be. [REDACTED]- und R. [REDACTED]-
GmbH" sowie die "We. [REDACTED] KG F. [REDACTED]-Be. [REDACTED]- und
R. [REDACTED]-GmbH & Co." (im folgenden: "We. [REDACTED] KG")
mit der vorgenannten GmbH als persönlich haftender Ge-
sellschafterin und den beiden Gründern als Kommanditisten.
Die am 9. September 1969 errichtete GmbH wurde am
30. Dezember 1969 und die Kommanditgesellschaft am
6. Februar 1970 in das Handelsregister eingetragen.
Am 3. Juli 1972 wurde die Firma der We. [REDACTED] KG im Handels-
register gelöscht, nachdem die Eröffnung des Konkurs-
verfahrens am 20. Oktober 1971 mangels Masse abgelehnt
worden war.



Im Jahr 1969 lieferte die Klägerin sowohl an den Beklagten als auch an die noch nicht eingetragene We■■■ KG Baugerüste mit Zubehör. Die bis zum 27. Oktober 1969 ausgestellten Rechnungen lauten auf den "Malereibetrieb Eduard W■■■", die späteren auf "Malereibetrieb We■■■". Am Kopf der Rechnungen wird unter anderem auf die "rückseitig abgedruckten allgemeinen Vertrags- und Leistungsbedingungen" sowie auf die "beigefügten allgemeinen Verkaufsbedingungen" verwiesen. In den Verkaufsbedingungen der Klägerin heißt es unter Nr. 3:

"Die gelieferte Ware bleibt bis zur Tilgung sämtlicher uns gegen den Besteller zustehender Forderungen, gleich ob aus Verkauf, Vermietung, Montage oder Ingenieurleistungen bzw. Reparaturen unser Eigentum. Bei laufender Rechnung gilt das vorbehaltene Eigentum als Sicherung für unsere Saldenforderung, gleich ob sie bereits besteht oder in Zukunft bestehen wird."

In einem Rechtsstreit gegen die We■■■ KG erwirkte die Klägerin gegen diese ein Urteil auf Zahlung von 35.789,89 DM (34.118,92 DM Restkaufpreisforderung zuzüglich 1.640,97 DM Verzugszinsen). Die Zwangsvollstreckung verlief erfolglos.

In einem weiteren von der Klägerin eingeleiteten Verfahren ist dem Beklagten durch einstweilige Verfügung aufgegeben worden, eine Reihe von Bauhilfsgeräten, die aus den erwähnten Lieferungen stammen sollen, an den Gerichtsvollzieher als Verwahrer herauszugeben. Die Vollstreckung dieses Titels erfaßte nur einen Teil der

darin aufgeführten Geräte. Ihren auf das Vorbehalts-
eigentum gestützten Anspruch auf diese Gegenstände
verfolgt die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit
weiter. Sie verlangt ferner die Herausgabe auch der
übrigen, vom Gerichtsvollzieher nicht vorgefundenen
Geräte und hat dazu vorgetragen, es bestehe der berechnete
Verdacht, daß der Beklagte auch diese Sachen noch irgend-
wie verfügbar habe. Zusätzlich fordert sie Ersatz für den
zwischenzeitlich eingetretenen Wertverlust der geliefer-
ten Materialien. Hilfsweise macht sie den ihr im Vorprozeß
gegen die We■■■■ KG zuerkannten Betrag geltend. Zur Be-
gründung hat sie ausgeführt, der Beklagte hafte ihr per-
sönlich als Besteller, oder weil er den Eindruck der
Identität seines Betriebs mit der We■■■■ KG erweckt habe,
als Gesellschafter der bei Geschäftsabschluß noch nicht
eingetragenen Kommanditgesellschaft sowie aus unerlaubter
Handlung.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verur-
teilen,

1. in die Herausgabe der vom Gerichtsvollzieher
weggenommenen Gegenstände an sie einzuwilligen,
2. weitere Gegenstände an sie herauszugeben,
3. 35.789,89 DM abzüglich 17.470,57 DM mit Zinsen
an sie zu zahlen,
4. für den Fall, daß den Anträgen zu 1 und 2
nicht stattgegeben wird, unter Wegfall des
Klageantrags zu 3 an sie 35.789,89 DM mit
Zinsen zu zahlen,
5. für den Fall, daß dem Klageantrag zu 1, nicht
aber dem Antrag zu 2 stattgegeben wird, an
sie 35.789,89 DM abzüglich 10.547,74 DM mit
Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte hat eingewandt, die vom Gerichtsvollzieher bei ihm weggenommenen Gegenstände habe er für seinen eigenen, von der We■■■ KG völlig getrennten Betrieb bei der Klägerin bestellt und erhalten, aber auch vollständig bezahlt. Die übrigen Sachen habe er niemals besessen, auch habe er mit etwaigen Bestellungen der We■■■ KG nichts zu tun gehabt. Um deren Geschäftsführung habe er sich nicht gekümmert, sondern sie den Eheleuten Wo■■■ überlassen. Gegenüber den Zahlungsansprüchen der Klägerin hat er sich auf Verjährung berufen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, die der Beklagte zurückzuweisen beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klageanträge auf Herausgabe und Einwilligung in die Herausgabe von Bauhilfsgeräten sind auf die Verkaufsbedingungen der Klägerin gestützt. Diese enthalten unter Nr. 3 einen erweiterten Eigentumsvorbehalt, der besagt, daß der Käufer nicht schon mit der Bezahlung der einzelnen Waren deren Eigentümer wird, sondern sein Eigentumserwerb unter der aufschiebenden Bedingung der Tilgung sämtlicher, auch zukünftiger Forderungen des Verkäufers aus der Geschäftsverbindung steht. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Klägerin einen solchen Vorbehalt sowohl mit dem Beklagten als Inhaber des Malergeschäfts, das als selbständiger Betrieb

neben der We[REDACTED] KG fortbestanden habe, als auch mit der We[REDACTED] KG vereinbart habe. Es meint aber, die Klägerin könne mit Rücksicht auf diese beiden verschiedenen Geschäftsverbindungen und den unwidersprochenen Vortrag des Beklagten, er habe alle auf ihn lautenden Rechnungen bis zum 30. September 1969 beglichen, die Vorteile des erweiterten Eigentumsvorbehalts nicht in Anspruch nehmen, weil sie nicht an Hand ihrer Rechnungen dargelegt habe, aufgrund welcher Lieferungen die von ihr herausverlangten Gegenstände jeweils an den Beklagten oder an die We[REDACTED] KG gelangt seien.

Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen im Ergebnis stand.

1. Der erste Hauptantrag der Klägerin, mit dem sie die Einwilligung in die Herausgabe der vom Gerichtsvollzieher beim Beklagten weggenommenen Geräte verlangt, setzt voraus, daß ihr Vorbehaltseigentum an diesen Sachen noch nicht durch Tilgung aller ihrer Forderungen aus der beendeten Geschäftsverbindung erloschen ist. Dann könnte sie nach Nr. 9 ihrer allgemeinen Vertrags- und Leistungsbedingungen, die, wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, ebenfalls Vertragsinhalt geworden sind, wegen Nichterfüllung fälliger Forderungen auch ohne vorherigen Rücktritt nach § 455 BGB oder Ablauf einer gemäß § 326 BGB gesetzten Nachfrist die Gegenstände als ihr Eigentum herausverlangen (vgl. BGHZ 54, 214, 222).

Hierzu hat der Beklagte substantiiert vorgetragen, alle Waren, die er als Einzelkaufmann von der Klägerin bezogen habe, seien von den ersten zehn in der Klageschrift aufgeführten, bis zum 30. September 1969 ausgestellten Rechnungen erfaßt und von ihm bezahlt worden; die bei ihm weggenommenen Gegenstände stammten ausschließlich aus diesen vollständig bezahlten Lieferungen. Daß die genannten zehn Rechnungen tatsächlich beglichen sind, hat die Klägerin im Vorprozeß 92 O 144/71 LG Berlin zugestanden (Schriftsatz vom 8. 11. 1971 Bl. 95 ff d. A.). Mit Recht hat das Berufungsgericht, ebenso wie schon das Landgericht, demgegenüber das allgemeine Vorbringen der Klägerin im jetzigen Rechtsstreit, die eingeklagten Geräte seien weder vom Beklagten noch von der We[REDACTED] KG bezahlt worden, nicht als ein ausreichendes, den Anforderungen des § 138 ZPO entsprechendes Bestreiten gewertet. Zwar hat die Klägerin noch vier weitere, in der Zeit vom 7. bis 27. Oktober 1969 ebenfalls auf den "Malereibetrieb Eduard W[REDACTED]" ausgestellte Rechnungen vorgelegt, von denen sie schon im Vorprozeß (dort Bl. 97 d. A.) behauptet hatte, sie seien nicht voll bezahlt worden. Die darauf vermerkten Waren will der Beklagte aber weder bestellt noch erhalten haben; folglich könnten sie sich auch nicht unter den Sachen befinden, die der Gerichtsvollzieher bei ihm vorgefunden und sichergestellt habe. Das Gegenteil hätte die Klägerin an Hand ihrer Geschäftsunterlagen dartun müssen, was ihr bei ordnungsmäßiger Buchführung, wie sie bei einem kaufmännischen Unternehmen dieser Art vorauszusetzen ist, nicht hätte schwerfallen können. Das hat sie nicht getan. Sie hat vielmehr geltend gemacht,

auf Verlangen der We■■■ KG alle Rechnungen auf deren Namen umgeschrieben zu haben, und demgemäß im Vorprozeß den gesamten noch offenen Rechnungsbetrag gegen diese Firma als Empfängerin ihrer Lieferungen eingeklagt.

Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht von der nicht ausgeräumten Darstellung des Beklagten ausgehen, er schulde der Klägerin aufgrund der für sein eigenes Malergeschäft abgeschlossenen Lieferverträge nichts mehr. Infolgedessen kann die Klägerin den Besitz von Materialien, die aus diesen Lieferungen herrühren, nicht mehr aufgrund eines mit dem Beklagten vereinbarten Eigentumsvorbehalts beanspruchen. Daß sich unter den bei ihm weggenommenen Gegenständen auch solche befänden, die nicht an ihn, sondern an die We■■■ KG geliefert wurden und deshalb noch ihr Eigentum sind, hat die Klägerin selbst nicht mit Bestimmtheit zu behaupten vermocht.

2. Die Klägerin kann ihren ersten Hauptantrag auch nicht darauf stützen, daß die Beteiligten die an den Beklagten persönlich gelieferten Geräte in den mit der Weewo gleichfalls vereinbarten Eigentumsvorbehalt einbezogen hätten. Rechtlich wäre dies freilich mindestens dann möglich gewesen, wenn im Zeitpunkt einer solchen Vereinbarung das Eigentum an jenen Geräten noch nicht durch volle Befriedigung der Klägerin auf den Beklagten übergegangen war (BGHZ 42, 53, 58). Die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür sind jedoch nicht vorgetragen. Sie ergeben sich insbesondere nicht aus dem von der Revision herangezogenen Schreiben der We■■■ KG vom

12. November 1969, das am Ende vor dem Firmenstempel "We [REDACTED] GmbH + Co. KG" und der (unleserlichen) Unterschrift mit Maschinenschrift die Namen des Beklagten ("gez. Eduard W [REDACTED]") und seiner Mitgesellschafterin ("gez. Christel Wo [REDACTED]") aufführt. In diesem Schreiben wird "mit Befremden" festgestellt, "daß nach unserer mehrmaligen Bitte unsere Rechnungsumschreibungen immer wieder falsch vorgenommen werden, ja uns außerdem sogar noch Zahlungserinnerungen geschickt werden". Anschließend bittet die Absenderin, sämtliche Rechnungen, "auch die bezahlten welche seinerzeit über Malereibetrieb E. W [REDACTED] liefen", auf ihre Firma umzuschreiben und ihr einen Kontoauszug sowie eine "Zusammenstellung über das gesamte gekaufte Material, welches über Rechnung W [REDACTED] und We [REDACTED] läuft", zu schicken.

Die Klägerin will aus diesen Äußerungen geschlossen haben, daß der Beklagte seinen Betrieb auf die We [REDACTED] KG übertragen habe. Hierfür bietet das Schreiben aber nach seinem objektiven Erklärungsgehalt keine genügende Grundlage. Die Klägerin konnte daraus zunächst nur den Hinweis entnehmen, daß die letzten Rechnungen zu Unrecht auf "Malereibetrieb Eduard W [REDACTED]" ausgestellt worden und auf die We [REDACTED] KG umzuschreiben seien. Darüber hinaus deutete der weitere Text allenfalls darauf hin, daß der Beklagte sein bei der Klägerin gekauftes Material der We [REDACTED] KG zur Benutzung überlassen haben könnte und diese daher für ihre interne Abrechnung und Buchführung die "Umschreibung" auch der schon bezahlten Rechnungen auf ihre Firma, eine Gesamtaufstellung des gelieferten Materials sowie einen entsprechenden Kontoauszug wünschte.

Daraus ergab sich noch keine Geschäftsübertragung, geschweige denn das Angebot einer Vereinbarung, auch ohne solche Übertragung den zu Lasten der We[REDACTED] KG vereinbarten Eigentumsvorbehalt nachträglich auf die noch vom Beklagten bestellten und bezahlten Geräte mit zu erstrecken.

Es verbleibt daher bei der Abweisung des ersten Klageantrags.

3. Der Anspruch der Klägerin auf Herausgabe derjenigen Bauhilfsgeräte, die der Gerichtsvollzieher beim Beklagten nicht vorgefunden hat (Klageantrag zu 2), scheitert schon daran, daß die Klägerin den hierfür nach § 985 BGB erforderlichen Besitz des Beklagten nicht einmal konkret zu behaupten vermochte; sie hat lediglich einen dahingehenden Verdacht geäußert (Klageschrift Seite 2/3; Berufungsbegründung S. 3). Mangels Schlüssigkeit des Klagevortrags ist daher die Revision auch in diesem Punkt zurückzuweisen.

4. Den dritten Klageantrag, mit dem die Klägerin Ersatz für den zwischenzeitlich eingetretenen Wertverlust der von ihr gelieferten und mit den ersten beiden Anträgen beanspruchten Materialien fordert, hat das Berufungsgericht ebenfalls mit Recht abgewiesen. Denn Voraussetzung für diesen Anspruch ist eine Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe oder Einwilligung in die Herausgabe der Materialien, die, wie ausgeführt, nicht besteht.

II. Mit den Hilfsanträgen (Klageanträge zu 4 und 5) macht die Klägerin ihren restlichen Kaufpreisanspruch aus den Lieferverträgen zuzüglich Verzugszinsen gemäß dem im Vorprozeß gegen die We■■■■ KG ergangenen rechtskräftigen Urteil geltend. Diesen Anspruch hält das Berufungsgericht zwar kraft Rechtsscheins für begründet, weil der Beklagte die Geschäftsaufnahme für die noch nicht eingetragene We■■■■ KG gebilligt habe, aber für verjährt. Diese Entscheidung trifft im Ergebnis, jedoch nicht in ihrem rechtlichen Ausgangspunkt zu. Ob der Zahlungsanspruch gegen den Beklagten verjährt ist, hängt zunächst von seiner Rechtsgrundlage ab.

1. Nach § 171 Abs. 1 HGB haftet der Beklagte als Kommanditist für die rechtskräftig festgestellten Verbindlichkeiten der We■■■■ KG nicht mehr persönlich, weil er nach seinem unwidersprochenen Vortrag seine Einlage geleistet hat (Schriftsätze vom 24. 2. 1975 S. 3 und vom 8. 4. 1975 S. 10).

2. Der Beklagte haftet auch nicht in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB deshalb, weil die Gesellschaft ihre Geschäfte vor der Eintragung in das Handelsregister begonnen hat.

Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, war eine Kommanditgesellschaft im handelsrechtlichen Sinne zur Zeit der hier in Frage stehenden Geschäftsabschlüsse mangels Handelsregistereintragung noch nicht entstanden, weil sich das unter der Firma "We■■■■ KG"

eröffnete Unternehmen mit Fassadenrestaurierungen, Beschichtungen und Fassadenputz befaßte, also kein Grundhandelsgewerbe im Sinne von § 1 HGB betrieb (BGHZ 59, 179). Überdies existierte zu jener Zeit auch die Komplementär-GmbH noch nicht als Rechtsperson, da sie erst am 30. Dezember 1969 in das Handelsregister eingetragen worden ist (§ 11 Abs. 1 GmbHG; Schriftsatz des Beklagten vom 8. 4. 1975 S. 9). Es bestand nur eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. Nichts anderes besagt das in BGHZ 63, 45 abgedruckte Urteil. Dort hat der Senat bei sonst gleicher Sachlage nicht die Entstehung einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft verneint, sondern lediglich mit Rücksicht darauf, daß die Gründer-Geschäftsführer den in Frage stehenden Architektenauftrag ausdrücklich namens der in Gründung befindlichen GmbH & Co. KG erteilt hatten, "sobald diese ihre Rechtsfähigkeit erlangt haben sollte", ausreichende tatrichterliche Feststellungen darüber vermißt, daß eine Verpflichtung hieraus nicht erst nach Eintragung der Kommanditgesellschaft, sondern sofort und unbeschränkt für die Gesellschafter persönlich begründet werden sollte (aaO S. 47 f).

Zweifelhaft ist nur, aus welchen Mitgliedern sich hier die bei Geschäftsabschluß bestehende BGB-Gesellschaft zusammensetzte. Das hängt davon ab, ob eine noch nicht eingetragene GmbH ("Vor-GmbH") bereits Gesellschafterin nach bürgerlichem Recht sein kann (so Ulmer in Hachenburg, GmbHG 7. Aufl. § 11 Rdn. 102; Binz, GmbH-Rdsch 1976, 29, 35 und Haftungsverhältnisse im Gründungsstadium der GmbH & Co. KG, 1976, S. 257;

Huber in Festschr. f. Hefermehl, 1976 S. 148, 156).
Verneint man dies allgemein oder jedenfalls für den hier vorliegenden Fall der Gründung einer GmbH & Co. KG, so käme entweder eine von den Gründungsmitgliedern beider Gesellschaften als natürlichen Personen **gebildete** Gesellschaft in Betracht (so wohl Kuhn in Festschr. f. Hefermehl S. 159, 160 f, 170; vgl. auch Urt. d. Sen. v. 29. 10. 52 - II ZR 257/51, LM GmbHG § 11 Nr. 1), oder es hätte eine - möglicherweise fehlerhafte - Gesellschaft mit den beiden "Kommanditisten" als Gesellschaftern bestanden (vgl. Karsten Schmidt, NJW 1975, 665, 669). Welche dieser Lösungen die richtige ist, kann offen bleiben, weil es hierauf im Ergebnis nicht ankommt.

Wie der Senat für die in Gründung befindliche sollkaufmännische GmbH & Co. KG mit einer bereits eingetragenen Komplementär-GmbH ("Soll-GmbH & Co. KG", vgl. Ulmer aaO § 11 Rdn. 100) entschieden hat und für den Fall, daß die Eintragung der Komplementär-GmbH bei Geschäftsabschluß noch ausstand, nicht anders zu beurteilen sein kann, entfällt bei einer solchen Gesellschaft die unbeschränkte Haftung der noch nicht eingetragenen Kommanditisten nach § 176 Abs. 1 HGB (BGHZ 59, 179, 181). Aber auch eine **Rechtsscheinhaftung dieser Gesellschafter** über die im Gesellschaftsvertrag festgelegten Einlagen hinaus scheidet aus, wenn der Geschäftsgegner, wie hier, aus der Firmierung ersehen kann, daß ein Teil der Gesellschafter oder - wie es bei einer "GmbH & Co. KG" nahe liegt - alle natürlichen Personen unter ihnen nur wie Kommanditisten haften sollen und demgemäß die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers begrenzt haben. Denn die **Rechtsscheinhaftung** kann nicht weitergehen

als die Haftung ginge, wenn der Schein der Wirklichkeit entspräche (BGHZ 61, 59, 65 ff.).

Diese Rechtsprechung hat im Schrifttum teils Zustimmung gefunden (Canaris, NJW 1974, 455; Huber aaO S. 135; Teichmann/Schick, JuS 1975, 18, 22; Kuhn aaO S. 162; nur im Ergebnis zustimmend: K. Schmidt, JZ 1974, 219, 220 u. NJW 1975, 665, 668; G. Fischer, NJW 1973, 2188, 2189; Binz, GmbH-Rdsch 1976, 33 f, 36 u. Haftungsverhältnisse S. 37 f, 263); teils ist sie nicht nur in ihrer Begründung, sondern auch im Ergebnis auf Kritik gestoßen, die der Senat jedoch nicht für durchgreifend hält.

So trifft es nicht zu, daß die fälschliche Firmenbezeichnung "KG" den Rechtsschein einer nicht eingetragenen Kommanditgesellschaft begründe und deshalb die Haftung nach § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB auslösen müsse (so Flume in Festschr. f. Westermann, 1974 S. 119, 137 f). Der einem Außenstehenden vermittelte Anschein geht vielmehr allenfalls auf eine schon als Kommanditgesellschaft bestehende Gesellschaft, bei der ein Teil der Gesellschafter nur beschränkt haftet. Besser, als es dieser (irrigen) Vorstellung entspricht, braucht der Gläubiger aber aus Rechtsscheinsgründen nicht gestellt zu werden. Die Frage, warum hiernach bis zur Eintragung Gesellschafter, die unberechtigterweise mit "KG" firmieren, nur beschränkt haften sollen, wogegen Kommanditisten, die mit Recht eine solche Firma führen, nach § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB unbeschränkt haften (Beyerle, BB 1975, 944 f, 948), beantwortet sich zwanglos mit der unterschiedlichen

Struktur der beiden Gesellschaften und der entsprechend verschiedenen gesetzlichen Behandlung: Ist die Gesellschaft nach § 123 Abs. 2, § 161 HGB auch ohne Eintragung bereits als Handelsgesellschaft wirksam geworden, so unterwirft die gesetzliche Regelung des § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB bis zur Eintragung grundsätzlich alle Gesellschafter der unbeschränkten Haftung, und zwar ungeachtet ihrer in der Firmenbezeichnung "KG" zu sehenden gegenteiligen Bekundung, wenn man mit dem Reichsgericht (RGZ 128, 172, 178 f) als Kenntnis des Gläubigers im Sinne dieser Vorschrift das allgemeine Wissen, daß ein Teil der Gesellschafter nur beschränkt haften soll, nicht als ausreichend ansehen will; darin liegt eine Verschärfung gegenüber der sonst in Betracht kommenden Rechtsscheinhaftung. Dagegen richtet sich bei einer Gesellschaft, die weder ein Grundhandelsgewerbe betreibt noch im Handelsregister eingetragen ist, die Haftung der Gesellschafter nicht nach § 176 HGB, sondern nach dem Recht der BGB-Gesellschaft, bei der die Haftung der Gesellschafter außerhalb des Handelsregisters ausdrücklich oder ~~konkludent~~ wirksam eingeschränkt werden kann (BGHZ 61, 59, 67). Das ist kein für eingetragene Kommanditisten vorzubehaltendes "Haftungsprivileg", mit dem die falsch firmierenden Gesellschafter zu Unrecht "belohnt" würden (Beyerle aaO S. 945, 947; Flume aaO S. 136; kritisch auch Westermann in Handbuch des Personengesellschaftsrechts I 835), sondern die Folge einer zulässigen, schlüssig erklärten Beschränkung der Haftung und der entsprechenden Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters, die nur in dem Maße außer acht zu lassen ist, als das der Schutz des redlichen Rechtsverkehrs erfordert.

Demnach scheidet eine handelsrechtliche Gesellschafterhaftung des Beklagten aus.

3. Auch als Gesellschafter der vor den Eintragungen vorhandenen bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft haftet der Beklagte nicht für den Anspruch der Klägerin auf Vertragserfüllung. Dabei kann - anders als in dem schon erwähnten Fall BGHZ 63, 45 - nach der Sachlage davon ausgegangen werden, daß die Pflicht zur Bezahlung von Lieferungen für das schon vor den Eintragungen aufgenommene Geschäft sofort wirksam werden sollte, und zwar für die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (vgl. zur Rechtslage bei der Vor-GmbH: BGHZ 65, 378, 381 ff). Diese Verpflichtung war aber für den Beklagten wiederum durch schlüssige Erklärung auf seine Einlagen begrenzt, die er erbracht hat.

4. Eine Haftung des Beklagten kommt ferner unter dem Gesichtspunkt in Betracht, daß er als Vertreter für eine noch nicht eingetragene sollkaufmännische Kommanditgesellschaft mit einer ebenfalls noch nicht eingetragenen Komplementär-GmbH gehandelt hat. Dieser Gesichtspunkt entfällt nicht schon deswegen, weil der Beklagte, der mit Frau Wo [REDACTED] zum Gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführer der GmbH bestellt worden war (Schriftsatz des Beklagten vom 8. 4. 1975 S. 9), nicht persönlich für die We [REDACTED] KG aufgetreten ist. Denn als Vertreter für eine noch nicht eingetragene Gesellschaft kann auch haften, wer als bestellter Geschäftsführer andere für sich hat handeln lassen (BGHZ 53, 206; Urt. d. Sen. v. 2. 5. 74 - II ZR 111/71, NJW 1974, 1284).

a) Nach § 179 BGB würde der Beklagte haften, wenn er (oder der nach außen für ihn Aufgetretene) wie ein Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt, d. h. die Kommanditgesellschaft mit Rücksicht darauf, daß bei Vertragsabschluß ihre Eintragung noch offenstand, gegenüber der Klägerin nicht verpflichtet hätte. Diese Voraussetzung liegt nicht vor. Denn mit der Eintragung wurde die Kommanditgesellschaft ohne weiteres Schuldnerin der zunächst gegen die Gesellschafter der BGB-Gesellschaft begründeten Vertragsansprüche. Die Eintragung änderte lediglich die Rechtsform der Gesellschaft, ließ aber deren Stellung als Vertragspartner der Klägerin unberührt (Urt. d. BGH v. 21. 12. 66 - VIII ZR 195/64, LM BGB § 705 Nr. 17). Das für die GmbH geltende sogenannte Vorbelastungsverbot kommt insoweit nicht in Betracht (so zutreffend K. Schmidt, NJW 1975, 665, 668, 671; Kuhn aaO S. 167; vgl. auch BGHZ 62, 216, 227). Dem entspricht es, daß die We■■■■ KG im Vorprozeß zur Zahlung an die Klägerin aus den vor ihrer Eintragung abgeschlossenen Verträgen verurteilt worden ist.

Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall grundlegend von dem in BGHZ 63, 45 behandelten, der sachlich und verfahrensrechtlich durch das Zusammentreffen ungewöhnlicher Umstände geprägt war: Einmal war dort, wie schon erwähnt, für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß erst die Kommanditgesellschaft nach deren Eintragung aus dem Vertrag verpflichtet sein sollte. Zum anderen hatte das Oberlandesgericht die Klage des Gläubigers gegen die Kommanditgesellschaft mit der Begründung rechtskräftig abgewiesen, sie sei durch die vor ihrer

Eintragung abgegebenen Erklärungen der ehemaligen Gründer-Geschäftsführer nicht verpflichtet worden. Für diesen Mißerfolg des Versuchs einer Inanspruchnahme der eingetragenen Kommanditgesellschaft mußte der vom Gläubiger verklagte frühere Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer nach Ansicht des Senats einstehen, weil er bei richtiger Würdigung der abgegebenen Erklärungen die Gewähr nicht nur für die Eintragung der Kommanditgesellschaft, sondern auch dafür übernommen hatte, daß eine Inanspruchnahme der eingetragenen Gesellschaft nicht an Schwierigkeiten scheiterte, die auszuschalten er und sein Mitgründer in der Hand gehabt hätten. Nur auf diese ganz besondere Lage bezieht sich der Leitsatz des Urteils. Seine Fassung geht insofern zu weit, als man daraus schließen könnte, die Verpflichtung einer sollkaufmännischen Kommanditgesellschaft aus einem Vertrag, den der Geschäftsführer vor ihrer Eintragung im Rahmen seiner Vertretungsmacht abgeschlossen hat, sei von einer nachträglichen Genehmigung abhängig; das ist nur dann der Fall, wenn die Verpflichtung vertraglich ausnahmsweise an diese Genehmigung geknüpft worden ist.

b) Im Schrifttum wird mit unterschiedlichen Begründungen auch die Ansicht vertreten, der Geschäftsführer einer Vor-GmbH & Co. KG hafte für sein Handeln in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG (so Huber aaO S. 142 ff, 154 ff; Binz, GmbH-Rdsch 1976, 34 f; anders derselbe in Haftungsverhältnisse S. 238 ff, 253 ff, 262 ff; vgl. auch Ulmer aaO § 11 Rdn. 104: Haftung der Vor-GmbH als handelndes Organ der KG analog § 11 Abs. 2 GmbHG; a. M. K. Schmidt,

NJW 1975, 665 ff, 667, 668 m. w. N.). So begründet z.B. Huber (aaO S. 154 ff) eine solche Haftung unter anderem so, der Geschäftsführer habe für alle Mitglieder der bürgerlich-rechtlichen Vorgesellschaft gehandelt, zu denen - was der Senat offen läßt - auch die noch nicht eingetragene Komplementär-GmbH gehöre. Nach Lage des Falles ist es nicht notwendig, zu diesen Auffassungen Stellung zu nehmen, weil die Zahlungsklage im Ergebnis auch dann unbegründet wäre, wenn man ihnen folgen wollte.

Zunächst könnte hier von Bedeutung sein, daß die Vertreter der We■■■ KG über den Zeitpunkt der Eintragung hinaus die Gesellschaft rechtswirksam verpflichtet haben. Für die so begründeten Geschäftsverbindlichkeiten gegenüber der Klägerin haftete nach § 128 HGB auch die Komplementär-GmbH mit ihrem ganzen Vermögen. Dabei ist es gleichgültig, ob diese Haftung darauf beruht, daß die Beteiligung der GmbH an der We■■■ KG von vornherein in der Satzung festgelegt war und deshalb der Gesellschaftsvertrag ohne weiteres auch für die eingetragene GmbH verbindlich wurde, oder ob diese Rechtsfolge erst dadurch eingetreten ist, daß die GmbH nach ihrer Eintragung das Gesellschaftsverhältnis tatsächlich aufgenommen und damit auch rechtlich anerkannt hat. In jedem Fall stand nach der Eintragung beider Gesellschaften das gesamte Vermögen sowohl der We■■■ KG als auch ihrer Komplementär-GmbH dem Zugriff der Klägerin offen. Daß die Zwangsvollstreckung gegen die Weewo KG tatsächlich erfolglos geblieben ist, hat mit einer Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG nichts zu tun, weil diese Vorschrift dem Gläubiger nicht das Kreditrisiko abnimmt (BGHZ 47, 25, 30).

Unter diesen Umständen fragt es sich, ob eine etwaige Haftung des Beklagten aus § 11 Abs. 2 GmbHG nicht deshalb erloschen wäre, weil der Hauptzweck dieser Vorschrift erfüllt ist, dem Geschäftsgegner für den Fall, daß die GmbH nicht eingetragen wird oder nicht in das Geschäft eintritt, einen Schuldner zu geben (BGHZ 65, 378, 380 f). Es leuchtet nicht ein, welchen Sinn es haben soll, dem Gläubiger zu dem Schuldner, mit dem er von Anfang an nur kontrahieren wollte und der ihm auch haftet, noch einen zweiten Schuldner zu geben oder zu belassen, mit dem er vielleicht gar nicht gerechnet hat. Die Garantiehafung des Handelnden ist nicht mit einer Bürgschaft vergleichbar. Der Bürge muß für die Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit eintreten, der "Handelnde" nach § 11 Abs. 2 GmbHG dagegen nur für das Zustandekommen des versprochenen rechtlichen Kontakts, d. h. für Entstehung und Schuld-eintritt der GmbH. Sieht man einen weiteren Grund für die gesetzliche Haftung darin, den Geschäftsführer anzuhalten, möglichst schnell für die Eintragung der GmbH zu sorgen, so ist auch dieser Grund hier spätestens durch die Eintragung der Kommanditgesellschaft entfallen.

Allerdings haben mehrere Senate des Bundesgerichtshofs den Standpunkt vertreten, daß jedenfalls ein freiwilliger, also nicht schon auf Gesetz und Satzung beruhender Eintritt der GmbH in die Verbindlichkeit den Geschäftsführer nicht ohne Zustimmung des Gläubigers von seiner Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG befreie (Urt. v. 21. 11. 52 - I ZR 174/51 v. 15. 6. 55 - IV ZR 304/54 und v. 4. 1. 65 - VIII ZR 118/63, LM GmbHG § 11 Nr. 2, 6 und 14; vgl. auch Ulmer aaO § 11 Rdn. 82 ff m. w. N.). Sie begründen

dies damit, eine befreiende Schuldübernahme gegen den Willen des Gläubigers komme mangels gesetzlicher Regelung nicht in Frage. Diese Begründung paßt aber nur dort, wo die persönliche Haftung des Handelnden - was im Einzelfall vorkommen kann - auf Vereinbarung beruht. Sieht man aber in der Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG nur eine Ersatzlösung für den Fall, daß die beiderseits (allein) gewollte Verpflichtung der GmbH nicht zustande kommt, so hat der Gläubiger an einem Fortbestand dieser von ihm selbst gar nicht angestrebten Haftung kein schutzwürdiges Interesse mehr, wenn das Geschäft durch den Eintritt der GmbH in eben der Weise rechtlich wirksam wird, wie er es sich bei Vertragsabschluß vorgestellt hat.

Der Senat hat daher Bedenken, jener Rechtsprechung zu folgen (ebenso Scholz, GmbHG 5. Aufl. § 11 Rdn. 11; Fischer/Scholz, KleinKomm. z. GmbHG 7. Aufl. § 11 Anm. 4 c, 5; Flume, Festschr. f. Geßler, 1971, S. 3, 44 f).

c) Diese Bedenken nötigen jedoch schon deshalb nicht zu einer Vorlage der Sache an den Großen Senat für Zivilsachen, weil ein auf § 11 Abs. 2 GmbHG **beruhender** Zahlungsanspruch gegen den Beklagten jedenfalls verjährt wäre. Die Haftung des Handelnden gemäß dieser Vorschrift bestimmt sich nach dem namens der Gesellschaft abgeschlossenen Vertrag; der Gläubiger soll rechtlich weder besser noch schlechter stehen, als wenn die Gesellschaft bei Vertragsabschluß bereits eingetragen gewesen wäre (BGHZ 53, 210, 214). Bei Geschäftstätigkeit vor der Eintragung gilt daher für den persönlich Haftenden dieselbe

Verjährungsfrist wie für die Gesellschaft, von Abschluß des Vertrags an gerechnet (RGZ 75, 203, 205 ff; Ulmer aaO § 11 Rdn. 79).

Nach der zutreffenden Auffassung der Revision verjäherte allerdings der Anspruch der Klägerin auf Bezahlung ihrer letztmals am 13. November 1969 in Rechnung gestellten Lieferungen nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB in 2 Jahren, sondern nach § 196 Abs. 2 in 4 Jahren. Denn die Lieferungen sind für einen von den Gesellschaftern bereits aufgenommenen, mindestens aber in der Entstehung begriffenen Gewerbebetrieb erfolgt (vgl. BGH, Urt. v. 25. 9. 67 - VII ZR 46/65, LM BGB § 196 Nr. 17). Aber auch diese Frist war verstrichen, als der Kläger erstmals mit der Berufungsbegründung vom 14. November 1974 einen Zahlungsantrag gestellt hat (§§ 198, 200, 209 BGB).

5. Eine sonstige Rechtsgrundlage für die Zahlungsansprüche der Klägerin ist ebenfalls nicht ersichtlich.

a) Für einen Anspruch aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB) fehlt es nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts in objektiver und subjektiver Hinsicht bereits an einem substantiierten Klagevortrag.

Dasselbe gilt für die von der Revision jetzt vertretene Inanspruchnahme des Beklagten aus Verschulden bei Vertragsabschluß. Denn abgesehen davon, daß sich damit der von der Klägerin geltend gemachte Erfüllungsanspruch nicht begründen läßt, bietet ihr Vortrag keine

Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagte unter den besonderen Voraussetzungen, unter denen auch ein Vertreter wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen haften kann, die Klägerin schuldhaft, etwa durch Täuschung über die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft, geschädigt habe.

b) Mit dem Vorbringen, die Weewo KG sei von vornherein unterkapitalisiert gewesen, macht die Revision unzulässigerweise einen neuen Klagegrund geltend, auf den die Klage in den Tatsacheninstanzen nicht gestützt war. Es mag daher auf sich beruhen, ob der engen Auffassung, die der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes unlängst in einem zur Veröffentlichung vorgesehenen Urteil vom 4. Mai 1977 - VIII ZR 298/75 - zur Haftung eines Gesellschafters wegen Unterkapitalisierung und zum Haftungsdurchgriff vertreten hat, in Anbetracht neuerer, auch in der Rechtsprechung des II. Zivilsenats zu verzeichnender Tendenzen zu einem verstärkten Gläubigerschutz gefolgt werden kann (vgl. hierzu insbesondere Ulmer aaO Anh. § 30 Rdn. 11, 24, 56 ff). Was die von der Revision ebenfalls angeschnittene Frage der Durchgriffshaftung angeht, so sind deren Voraussetzungen nach dem vorgetragenen Sachverhalt auch bei weitester Auffassung nicht erkennbar. Der Beklagte hat die Weewo KG nicht "beherrscht", sondern war, soweit ersichtlich, in gleicher Höhe und mit gleichen Rechten wie seine Mitgesellschafterin sowohl an der GmbH als auch an der Kommanditgesellschaft beteiligt. Auch ließ der vorstehend zu I 2 erörterte Brief vom 12. November 1969 nicht darauf schließen, der Beklagte habe sein Vermögen mit dem der

Gesellschaft in solcher Weise vermischt, daß er sich den Gläubigern gegenüber auf die verschiedene Rechtszuständigkeit der Vermögensmassen nach Treu und Glauben nicht mehr berufen dürfe.

6. Es muß daher in vollem Umfang bei dem klagabweisenden Urteil verbleiben.

Stimpel Fleck Dr. Bauer Bundschuh Dr. Skibbe