

+P

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja zu c

HGB §§ 139, 15 Abs. 1; BGB § 206

- a) Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Erbe ist auch dann ohne gesetzlichen Vertreter im Sinne der §§ 139 HGB, 206 BGB, wenn der gesetzliche Vertreter durch das Verbot des Selbstkontrahierens von der Vertretung ausgeschlossen ist.
- b) 1. Der Antrag des Erben auf Einräumung der Kommanditistenstellung ist an die übrigen Gesellschafter zu richten; hierzu gehören nicht die Miterben als solche, mögen sie auch in der Gesellschaft bleiben.
2. Ein negativer Kapitalanteil steht der Ausübung des Wahlrechts nach § 139 Abs. 1 HGB nicht entgegen.
3. Der Erbe haftet für die in der Übergangszeit entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten auch dann nach erbrechtlichen Grundsätzen, wenn er innerhalb der Frist des § 139 Abs. 3 HGB durch **V e r e i n b a r u n g** mit den übrigen Gesellschaftern aus der Gesellschaft ausscheidet.
- c) Der Erbe kann einem gutgläubigen Dritten auch dann entgegensetzen, daß er für die in der Übergangszeit des § 139 Abs. 3 HGB entstandenen Geschäftsverbindlichkeiten nur mit der erbrechtlichen Beschränkungsmöglichkeit haftet, wenn eine handelsregisterliche Eintragung und Bekanntmachung nicht erfolgt ist.

BGH, Urt. v. 21. Dezember 1970 - II ZR 258/67 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 258/67

URTEIL

Verkündet am

21. Dezember 1970
Heil,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Frau Anneliese Sch[REDACTED]
 2. des Herrn Jürgen Sch[REDACTED]
- beide wohnhaft in M[REDACTED]/Ruhr, K[REDACTED]

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Baugeschäft August B[REDACTED], Inhaber
Albert B[REDACTED], M[REDACTED]/Ruhr, K[REDACTED]straße [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Kuhn und der Bundesrichter Dr. Schulze, Stimpel, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 28. April 1967 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat aufgrund eines am 22. Dezember 1959 mit der inzwischen in Konkurs gegangenen Wilhelm R. KG geschlossenen Vertrages Bauarbeiten ausgeführt. Sie nimmt die Beklagten für einen Teil der Bauforderungen mit der Begründung in Anspruch, sie seien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses persönlich haftende Gesellschafter dieser Kommanditgesellschaft gewesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Beklagten sind die Erben des am 11. April 1959 verstorbenen alleinigen persönlich haftenden Gesellschafters der Wilhelm R. KG, Dr. Hans Sch. Die Beklagte zu 1 ist die Ehefrau, der am 28. Februar 1939 geborene Beklagte zu 2 der Sohn des Erblassers. Schon vor dem Erbfall war die Beklagte Kommanditistin der KG.

§ 5 des Gesellschaftsvertrages legt fest, daß die Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt wird. Nach dem Tode von Dr. Hans Sch. meldeten die Beklagte zu 1 - zugleich für ihren damals minderjährigen Sohn handelnd - und die übrigen Gesellschafter der Kommanditgesellschaft in notariell beglaubigter Urkunde vom 3./12. Juni 1959 zum Handelsregister u. a. an:

- "1. Der persönlich haftende Gesellschafter, Herr Dr. Hans Sch., ist durch Tod aus der Gesellschaft ausgeschieden.
2. Die Kommanditistin Anne R. ist aus der Gesellschaft ausgeschieden. Sie ist als persönlich haftende Gesellschafterin in die Gesellschaft eingetreten. ...
3. Herr Jürgen Sch. (der Beklagte zu 2), der Erbe des verstorbenen persönlich haftenden Gesellschafters ..., ist gem. § 139 HGB als Kommanditist in die Gesellschaft eingetreten."

Die Beklagte behauptet, auch ihr sei Ende Mai/Anfang Juni 1959 als Erbin nach § 139 HGB die Stellung einer Kommanditistin eingeräumt worden.

Die Anmeldung führte nicht zur Eintragung ins Handelsregister.

Am 27. Januar/4. Februar 1960 vereinbarten die Beklagte zu 1 - wiederum zugleich im Namen ihres minderjährigen Sohnes - und die übrigen Gesellschafter der KG u. a. folgendes:

"Die Erbengemeinschaft und sämtliche Mitglieder der Familie Sch[REDACTED] scheiden aus der Wilhelm R[REDACTED] KG aus, und zwar in der Weise, daß von beiden Seiten keinerlei Entschädigungsansprüche gestellt werden. Das bezieht sich sowohl auf Frau Sch[REDACTED] sowie ihren Sohn Jürgen, denen als Erben des Herrn Dr. Hans Sch[REDACTED] die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wurde, als auch auf die schon vorner bestehende Kommanditisteneigenschaft der Frau Sch[REDACTED]."

Nach Eintritt der Volljährigkeit genehmigte der Beklagte zu 2 diese Erklärungen in notariell beglaubigter Urkunde vom 9. März 1960 wie folgt:

"Ich, der Unterzeichnete Jürgen Sch[REDACTED], M[REDACTED]-Ru[REDACTED], K[REDACTED], genehmige sämtliche Erklärungen, die meine Mutter, Frau Anneliese Sch[REDACTED] geb. R[REDACTED], M[REDACTED]-Ru[REDACTED], in der Urkunde vor dem Notar Dr. Ernst W[REDACTED] II in D[REDACTED] (UR Nr. 5/60) am 27. Januar 1960 abgegeben hat und trete ihnen in allen Teilen zustimmend bei."

Die Klägerin beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 35.406,78 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Die Beklagten seien als Erben von Dr. Hans Sch[REDACTED]

in dessen Rechtsstellung als persönlich haftender Gesellschafter eingetreten und erst durch den notariellen Vertrag vom 27. Januar 1960/4. Februar 1960 aus der Gesellschaft ausgeschieden. Die von den Beklagten behauptete Vereinbarung, nach der ihnen die Kommanditistenstellung eingeräumt worden sei, sei - insbesondere wegen Verletzung des § 181 BGB - unwirksam. Zumindest hafteten sie deshalb, weil keine entsprechende Eintragung im Handelsregister erfolgt sei.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, ihnen die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß vorzubehalten. Sie bestreiten den geltend gemachten Anspruch dem Grunde und der Höhe nach. Für die Verbindlichkeiten der KG hafteten sie nicht, weil sie vor dem am 22. Dezember 1959 erfolgten Vertragsabschluß die Kommanditistenstellung erlangt hätten. Die von der Beklagten zu 1 zugleich im Namen des Beklagten zu 2 mit den übrigen Gesellschaftern nach § 139 HGB getroffene Vereinbarung habe der Beklagte zu 2 nach Eintritt der Volljährigkeit genehmigt. Auf die fehlende Eintragung im Handelsregister könne sich die Klägerin nicht berufen, weil sie bei Abschluß des Vertrages vom 22. Dezember 1959 gewußt habe, daß die Beklagten nach dem Tode von Dr. Hans Sch[REDACTED] Kommanditisten geworden seien. Schließlich scheide eine Haftung deshalb aus, weil die Forderungen aus diesem Vertrag erst nach ihrem endgültigen Ausscheiden aus der Kommanditgesellschaft existent geworden seien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der Revision begehren die Beklagten

die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.
Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß die Beklagten durch die im Gesellschaftsvertrag getroffene Regelung (§ 5) mit dem Tode von Dr. Hans Sch[REDACTED] als dessen Erben in die Stellung von persönlich haftenden Gesellschaftern der KG eingerückt sind. Es bedurfte weder einer besonderen Erklärung der Beklagten noch einer besonderen Aufnahme durch die übrigen Gesellschafter.

Der Umstand, daß der Beklagte zu 2 zur Zeit des Erbfalles minderjährig war, machte eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich. Die Nachfolge in die Gesellschafterstellung richtet sich als Teil der Erbfolge nach den allgemeinen Regeln des Erbrechts und tritt damit automatisch mit dem Erbfall ein. Aus diesem Grunde liegen weder die Voraussetzungen des § 1822 Nr. 3 BGB (Abschluß eines Gesellschaftsvertrages) noch die des § 1822 Nr. 10 BGB (rechtsgeschäftliche Übernahme der Haftung für fremde Verbindlichkeiten) vor (Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 162; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl. § 28 II 1 m. w. N. in Anm. 6).

II. Dem Berufungsgericht ist ferner zuzustimmen, wenn es ausführt, einer Haftung der Beklagten für die Verbindlichkeiten der KG aus dem am 22. Dezember 1959 geschlossenen

Vertrag stehe nicht entgegen, daß die vereinbarten Bauarbeiten zum Teil erst erbracht worden sind, nachdem die Beklagten aufgrund des notariellen Vertrages vom 27. Januar 1960/4. Februar 1960 aus der Gesellschaft ausgeschieden sind.

Das Ausscheiden des Gesellschafters berührt, wie § 159 HGB ergibt, seine Haftung für die zu diesem Zeitpunkt entstandenen Schulden grundsätzlich nicht. Als entstanden sind alle Schuldverpflichtungen anzusehen, deren Rechtsgrundlage bereits gelegt worden ist, auch wenn die einzelnen Verpflichtungen erst später fällig werden (Weipert in RGRKomm z. HGB § 128 Anm. 29). Diese Voraussetzungen liegen nach § 63¹ BGB bei einem Werkvertrag vor, der vor dem Ausscheiden abgeschlossen, aber erst später voll erfüllt worden ist (vgl. Hueck aaO S. 330; BGHZ 36, 224).

III. Das Berufungsgericht hat hinsichtlich des Beklagten zu 2 festgestellt und im Hinblick auf die Beklagte zu 1 als wahr unterstellt, daß mit den übrigen Gesellschaftern Ende Mai/Anfang Juni 1959 Vereinbarungen nach § 139 Abs. 1 HGB getroffen worden sind, durch die beide Beklagte die Stellung von Kommanditisten erlangt haben. Es erachtet diese Vereinbarungen jedoch als unwirksam, weil die Beklagte zu 1 bei Vertragsschluß sowohl im eigenen Namen als auch als gesetzliche Vertreterin des Beklagten zu 2 aufgetreten sei und deshalb gegen § 181 BGB verstoßen habe.

Dem kann nur insoweit beigetreten werden, als sich die Ausführungen auf den Beklagten zu 2 beziehen.

A.

Der Anspruch gegen die Beklagte zu 1

1. Wird der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft von mehreren Erben beerbt, mit denen nach dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft fortgesetzt werden soll, so wird jeder Erbe für sich - unabhängig von den Miterben - seiner Erbquote entsprechend Inhaber des Gesellschaftsanteils des Erblassers. Die allgemeine erbrechtliche Regelung, die grundsätzlich eine Gesamtnachfolge in Form der Erbengemeinschaft vorsieht, tritt demgegenüber zurück (BGHZ 22, 186, 191 ff). § 139 HGB gibt jedem einzelnen von mehreren Miterben für sich allein die dort festgelegten Befugnisse. Jeder hat das Wahlrecht, in die Rechtsstellung des Erblassers als persönlich haftender Gesellschafter einzutreten oder sich die Stellung eines Kommanditisten einräumen zu lassen und, wenn das nicht geschehen sollte, aus der Gesellschaft auszuschcheiden. Demgegenüber haben die übrigen Gesellschafter das Recht, einen Antrag abzulehnen und einen anderen anzunehmen, so daß die mehreren Erben desselben persönlich haftenden Gesellschafters verschiedene Rechtsstellungen erlangen können.

2. Der nach § 139 HGB erforderliche Antrag ist nach § 139 Abs. 2 HGB an die "übrigen Gesellschafter" zu richten. Hierzu gehören nicht die Miterben als solche, mögen sie auch in der Gesellschaft bleiben. Nur die alten Gesellschafter haben im Rahmen des § 139 HGB die Möglichkeit, die unbeschränkte Haftung der Erben oder deren Ausscheiden zu erreichen (Weipert aaO § 139 Anm. 41).

3. In vorliegendem Falle ist deshalb der Beklagten die Stellung einer Kommanditistin dann wirksam eingeräumt worden, wenn die alten Gesellschafter innerhalb der 3-Monatsfrist des § 139 Abs. 3 HGB einen solchen Antrag angenommen haben. Dies ist nach dem vom Berufungsgericht als wahr unterstellten Vorbringen der Beklagten geschehen.

Ein Fall des § 181 BGB liegt, soweit die Beklagte zu 1 in Betracht kommt, nicht vor. Denn bei der Einräumung der Kommanditistenstellung für den ererbten Anteil standen sich nicht die Beklagte und ihr Sohn als Vertragspartner gegenüber. Eine Verbindung bestand nur insoweit, als die Beklagte auf derselben Vertragsseite im eigenen Namen und namens ihres Sohnes auftrat. Zum Abschluß derartiger Rechtsgeschäfte ist der gesetzliche Vertreter befugt (herrschende Meinung; vgl. BGB-RGRK 11. Aufl. § 181 Anm. 2 letzter Absatz). Allerdings stand die Beklagte bei der Einräumung der Kommanditistenstellung für ihren Erbteil insofern auch auf der "Gegenseite", als sie Kommanditistin und damit "alte" Gesellschafterin im Sinne des § 139 Abs. 2 HGB war. Das ist aber ohne Bedeutung. Ihr Antrag brauchte lediglich von den anderen "alten" Gesellschaftern angenommen zu werden.

4. Die Beklagte hätte die Kommanditistenstellung selbst dann erlangt, wenn der Kapitalanteil des Erblassers zum Todeszeitpunkt negativ gewesen wäre. Denn gleichviel, wie der Kapitalanteil rechtlich zu qualifizieren ist, führt der Umstand, daß der Kapitalanteil negativ ist, weder zum Erlöschen der Mitgliedschaft noch zur Beseitigung der durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Vererblichkeit.

Ein negativer Kapitalanteil kann auch die Ausübung des Wahlrechts nach § 139 Abs. 1 HGB nicht hindern; denn der Kapitalanteil sagt über das Beteiligungsrecht des einzelnen Gesellschafters lediglich bilanz- und buchmäßig etwas aus.

5. Das angefochtene Urteil kann somit, soweit es die Beklagte zu 1 betrifft, mit der bisherigen Begründung nicht bestehen bleiben. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wäre eine vor dem 22. Dezember 1959 (in der Frist des § 139 Abs. 3 HGB) getroffene Vereinbarung über die Einräumung der Kommanditistenstellung als rechtswirksam anzusehen. Es bedarf deshalb der tatrichterlichen Feststellung, ob die Beklagte mit den übrigen Gesellschaftern eine derartige Vereinbarung getroffen hat. Sollte das zu bejahen sein, stellt sich die weitere Frage, ob sich die Klägerin, weil die Vereinbarung nicht ins Handelsregister eingetragen worden ist, auf die §§ 15, 176 Abs. 2 HGB berufen kann. Insoweit ist der Rechtsstreit jedoch ebenfalls nicht entscheidungsreif, weil die Beklagte unter Beweis gestellt hat, der Klägerin sei diese Tatsache bekannt gewesen, und das Berufungsgericht dem nicht nachgegangen ist.

Das angefochtene Urteil muß deshalb, soweit es sich auf die Beklagte zu 1 bezieht, aufgehoben und der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

B.

Der Anspruch gegen den Beklagten zu 2

1. Bei der Vereinbarung, durch die dem Beklagten die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt worden ist, handelte es sich um einen Vertrag zwischen dem Beklagten als Erben von Dr. Hans Sch[REDACTED] und den "übrigen Gesellschaftern" der KG. Zu ihnen gehörte auch die Beklagte.

Der Revision kann nicht gefolgt werden, wenn sie meint, die Beklagte habe bei dem Vertragsschluß von Ende Mai/Anfang Juni 1959 nur noch auf der Seite des Antragsstellers und nicht mehr auf der Seite der Adressaten gestanden, weil sie als Erbin von Dr. Hans Sch[REDACTED] automatisch persönlich haftende Gesellschafterin der KG geworden und damit ihre Stellung als Kommanditistin erloschen sei. Denn unabhängig davon, wie man die Rechtsstellung des Erben während der Übergangszeit des § 139 Abs. 3 HGB ansieht (vgl. dazu Wiedemann aaO § 9 III 3 a), zählte die Beklagte jedenfalls wegen ihrer bisherigen Stellung als Kommanditistin zu den "übrigen Gesellschaftern" im Sinne des § 139 Abs. 2 HGB. Sie war deshalb von der Vertretung des Beklagten nach § 181 BGB ausgeschlossen und hätte ihn nur in einem der Ausnahmefälle dieser Vorschrift, die unstreitig nicht gegeben sind, vertreten können.

2. Die den Beklagten betreffende Vereinbarung war darum als unzulässiges Insichgeschäft schwebend unwirksam.

Sie konnte nur durch eine in der Frist des § 139 Abs. 3 HGB abgegebene Erklärung genehmigt und dadurch wirksam gemacht werden. Wie das Berufungsgericht feststellt, hat der Beklagte die Umwandlung seiner Gesellschafterstellung in die eines Kommanditisten nicht genehmigt. Die Erklärung vom 9. März 1960, die der Beklagte nach Eintritt seiner Volljährigkeit abgegeben hat, enthalte nur die Genehmigung des notariellen Vertrages vom 27. Januar 1960/4. Februar 1960. Darin sei aber nur das endgültige Ausscheiden der beiden Beklagten aus der Kommanditgesellschaft vereinbart worden. Daß ihnen die Stellung als Kommanditisten eingeräumt worden sei, werde lediglich als etwas früher Geschehenes mitgeteilt. Der Beklagte habe auch tatsächlich nichts anderes gewollt, als er nach dem Wortlaut der Urkunde erklärt habe; denn er habe gar nicht erkannt, daß die Vereinbarung über die Einräumung der Kommanditistenstellung von Ende Mai/Anfang Juni 1959 schwebend unwirksam sei.

Mit ihrer hiervon abweichenden Beurteilung bewegt sich die Revision auf dem ihr nicht zugänglichen Gebiete der tatrichterlichen Würdigung. Sie übersieht insbesondere, daß sich das Berufungsgericht eingehend mit dem Inhalt der notariellen Urkunde vom 27. Januar 1960, auf die sich die Genehmigungserklärung bezieht, auseinandergesetzt hat. Es hat auch die klarstellende Erklärung in dieser Vereinbarung gewürdigt, daß sich das Ausscheiden sowohl auf die Kommanditistenstellung beziehe, die beide Beklagten als Erben von Dr. Hans Sch[REDACTED] erlangt hatten, als auch auf die schon vorher bestehende Gesellschaftereigenschaft der Beklagten zu 1. Es hat diesen Erklärungen

im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung nur nicht die Bedeutung beigemessen, die ihr die Revision zukommen lassen möchte.

Dem Berufungsgericht kann allerdings nicht zugestimmt werden, wenn es bei der Auslegung der Genehmigungserklärung lediglich darauf abhebt, der Beklagte habe "nicht erkannt", daß die Vereinbarung von Ende Mai/Anfang Juni 1959 der Genehmigung bedurfte. Eine Genehmigung nach § 184 BGB kann nicht nur dann vorliegen, wenn der Genehmigende sichere Kenntnis von der bisherigen Unwirksamkeit des Geschäftes hatte; es genügt vielmehr (ist allerdings auch erforderlich), wenn er mit der Möglichkeit der Unwirksamkeit rechnete und für diesen Fall durch seine Genehmigung das Rechtsgeschäft zur Wirksamkeit bringen wollte (BGHZ 2, 150). Den Feststellungen und der Würdigung des Berufungsgerichts ist jedoch zu entnehmen, daß auch diese Voraussetzungen im vorliegenden Falle nicht bejaht werden können, weil der Beklagte den Erfolg des Wirksamwerdens des Rechtsgeschäfts durch seine Genehmigung nicht in seinem Willen aufgenommen hat.

3. Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe mit seiner Weigerung, den Beklagten als Partei zu der Behauptung zu vernehmen, daß er auch den Vertrag von Ende Mai/Anfang Juni 1959 genehmigen wollte und genehmigt habe, § 448 ZPO verletzt.

Die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 448 ZPO vorliegen, ist Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob der Tatrichter die Grenzen

seines Ermessens verkannt und einen rechtsfehlerhaften Gebrauch von ihm gemacht hat. Beides ist hier nicht der Fall.

4. Das angefochtene Urteil kann jedoch, auch soweit es den Beklagten betrifft, nicht aufrechterhalten werden, weil das Berufungsgericht den Sachverhalt materiellrechtlich nicht vollständig gewürdigt und den Hilfsantrag des Beklagten übergangen hat, ihm die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß von Dr. Hans Sch[REDACTED] vorzubehalten.

Nach § 139 Abs. 4 HGB haftet der Erbe, der innerhalb der Frist des Abs. 3 aus der Gesellschaft ausscheidet, für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach Maßgabe der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten betreffenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

a) Der Beklagte ist durch den am 27. Januar/4. Februar 1960 geschlossenen Vertrag in Verbindung mit seiner Genehmigungserklärung vom 9. März 1960 aus der KG ausgeschieden. Der Umstand, daß er durch Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern und nicht durch einseitige Erklärung nach § 139 Abs. 2 HGB ausgeschieden ist, steht der Anwendung des § 139 Abs. 4 HGB nicht entgegen.

Der Begriff des Ausscheidens in § 139 Abs. 4 HGB bezieht sich dem Wortlaut nach nicht nur darauf, daß der Erbe seine Gesellschafterstellung durch einseitige Erklärung gegenüber den übrigen Gesellschaftern aufgibt (§ 139 Abs. 2 HGB). Er erfaßt vielmehr auch den Fall,

daß der Erbe durch Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern aus der Gesellschaft ausscheidet.

Dies entspricht dem Sinn und Zweck der Regelung. Das Privileg des § 139 HGB wurde geschaffen, um die Zwangslage des Erben zu beseitigen, entweder vollhafter Gesellschafter einer Handelsgesellschaft werden oder die Erbschaft ausschlagen zu müssen. Der Erbe erhielt deshalb das Recht, die ihn belastende Stellung als persönlich haftender Gesellschafter durch einseitige Erklärung aufzugeben, wenn ihm nicht die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Daß er durch Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern ausscheiden kann, folgt aus dem allgemeinen Grundsatz der Vertragsfreiheit und bedurfte deshalb keiner besonderen Regelung. Demgemäß muß auch § 139 Abs. 4 HGB den Sinn haben, daß die beschränkte Erbenhaftung nicht nur dann in Betracht kommt, wenn der Erbe durch einseitige Willenserklärung ausscheidet, sondern auch dann, wenn dies durch Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern geschieht. Voraussetzung ist allerdings, daß der Erbe die Schutzrechte des § 139 HGB nicht bereits anderweitig in Anspruch genommen oder darauf verzichtet hat, und daß er innerhalb der Frist des Abs. 3 ausscheidet.

b) Nach § 139 Abs. 3 HGB muß der Erbe, um die Haftungsbeschränkung nach § 139 Abs. 4 HGB zu erlangen, zwar innerhalb einer Frist von drei Monaten ausscheiden. Auf den Lauf dieser Frist finden jedoch die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 BGB entsprechende Anwendung. Danach

läuft für den in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben, der ohne gesetzlichen Vertreter ist, die 3-Monatsfrist nicht vor Ablauf von drei Monaten von dem Zeitpunkt ab, in welchem der Erbe unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist oder der Mangel der gesetzlichen Vertretung aufhört. Eine gesetzliche Vertretung fehlt nicht nur dann, wenn der Erbe überhaupt keinen Vertreter hat, sondern auch dann, wenn der gesetzliche Vertreter im konkreten Falle rechtlich - beispielsweise durch das Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB - verhindert ist (RG JW 1934, 1044 Nr. 4 mit zust. Anm. von Raape).

Im vorliegenden Fall war die Mutter des Beklagten nach § 181 BGB rechtlich verhindert, als gesetzliche Vertreterin für ihren Sohn die Vereinbarung über das Ausscheiden abzuschließen. Dieser Hinderungsgrund endete erst mit der am 28. Februar 1960 eingetretenen Volljährigkeit des Beklagten. Die Frist nach § 139 Abs. 3 HGB war deshalb weder am 27. Januar 1960 noch am 9. März 1960 abgelaufen.

c) Der Beklagte haftet deshalb für die am 22. Dezember 1959 begründete Forderung der Klägerin nur nach erbrechtlichen Grundsätzen; er haftet zwar persönlich und unbeschränkt, kann aber unter den im Bürgerlichen Gesetzbuch vorgesehenen Voraussetzungen seine Haftung auf den Nachlaß beschränken.

5. Eine weitergehende Haftung des Beklagten ist auch nicht, wie die Klägerin meint, unter dem Gesichtspunkt begründet, daß die sich aus § 139 Abs. 4 HGB

ergebende Möglichkeit der Haftungsbeschränkung im Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaftsverbindlichkeit - am 22. Dezember 1959 - nicht im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht war (§ 15 Abs. 1 HGB).

a) Entgegen der Auffassung des Beklagten steht der Anwendung des § 15 Abs. 1 HGB allerdings nicht der Umstand entgegen, daß am 22. Dezember 1959 das Ausscheiden des Verstorbenen und der Eintritt des Beklagten als persönlich haftender Gesellschafter nicht eingetragen und bekannt gemacht war. Denn nach dieser Vorschrift wird ein gutgläubiger Dritter gegen die Folgen nicht eingetragener Tatsachen auch dann geschützt, wenn die gebotene Voreintragung unterblieben ist (BGH LM § 15 HGB Nr. 2).

b) § 15 Abs. 1 HGB greift jedoch deshalb nicht ein, weil es sich bei dem Umstand, daß der Erbe für die in der Übergangszeit des § 139 Abs. 3 HGB entstandenen Gesellschaftsschulden nur mit der erbrechtlichen Beschränkungsmöglichkeit haftet, nicht um eine "einzutragende Tatsache" handelt und deshalb einem gutgläubigen Dritten auch dann entgegengesetzt werden kann, wenn eine Eintragung und Bekanntmachung nicht erfolgt ist.

Als einzutragende Tatsachen sind nur solche zu verstehen, deren Eintragung gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. Würdinger in Großkomm. HGB 3. Aufl. § 15 Anm. 3 m. w. N.).

Nach den Vorschriften der §§ 143, 107 HGB, die hier

allein in Betracht kommen, ist nur das Ausscheiden eines Gesellschafters und der Eintritt eines neuen Gesellschafters zum Handelsregister anzumelden. Dafür, ob der Erbe gegenüber einem gutgläubigen Dritten gemäß § 15 Abs. 1 HGB die Beschränkbarkeit der Erbenhaftung verlieren kann, ist es ohne Bedeutung, ob er als neuer Gesellschafter in das Handelsregister einzutragen ist; denn auf die wahre, ihm günstige Rechtslage kann sich ein Dritter immer berufen (vgl. Glaser, DB 1956, 933). In vorliegendem Falle würde durch die Eintragung des Beklagten nach § 107 HGB nur bekundet, daß der Beklagte offener Handelsgesellschafter geworden ist und er damit nach den §§ 128, 161 Abs. 2 HGB für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft persönlich haftet. Dies aber ist nicht zweifelhaft. Hier geht es allein um die Frage, ob sich der Beklagte auf die Schutzvorschrift des § 139 Abs. 4 HGB etwa deshalb nicht berufen kann, weil die sich daraus ergebende Haftungsbeschränkung im Handelsregister nicht eingetragen worden ist.

Eine Verpflichtung zur Anmeldung des Vorbehalts mit der Folge, daß der Erbe die Haftungsbeschränkung nach § 139 Abs. 4 HGB einem gutgläubigen Dritten solange nicht entgegensetzen könnte, als sie nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, kann nicht angenommen werden. Denn damit würde die Schutzfunktion des § 139 HGB weitgehend ausgehöhlt; das würde auch dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift widersprechen. Nach § 139 Abs. 4 HGB haftet der Erbe auch für die in der Überlegungsfrist des § 139 Abs. 3 HGB entstandenen Gesellschaftsschulden nur nach der die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten

betreffenden Vorschriften. Im Hinblick auf die bei der Anmeldung zu erbringenden Nachweise, zu denen nach § 12 HGB in der Regel auch die Ausfertigung eines Erbscheines gehört, wird die Eintragung und Bekanntmachung kaum innerhalb der Frist von drei Monaten, die das Gesetz im Regelfalle vorsieht, erfolgen können. Der Erbe müßte somit entgegen der Schutzvorschrift des § 139 HGB in j e d e m F a l l e für einen mehr oder weniger großen Zeitraum mit seiner unbeschränkbaren persönlichen Haftung rechnen.

Andererseits kann den Geschäftspartnern der Gesellschaft zugemutet werden, daß § 15 Abs. 1 HGB in diesen Fällen gegenüber der Schutzvorschrift des § 139 HGB zurücktritt. Ihrer Schutzwürdigkeit ist dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß § 139 Abs. 4 HGB die Haftung des Nachlasses auf die bis zur Neugestaltung der Rechtsstellung des Erben entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft erweitert, also auch auf die nach dem Erbfall entstandenen Schulden erstreckt, für die nach den Vorschriften des allgemeinen Erbrechts (§ 1967 BGB) der Nachlaß nicht einzustehen hätte. Damit stehen die Gesellschaftsgläubiger, die in der Übergangszeit Geschäfte mit der Gesellschaft abschließen, so, als ob der Erblasser noch lebte.

6. Da der Beklagte zu 2 für die Forderung der Klägerin somit nur beschränkt haftet, kann das angefochtene Urteil in diesem Punkte ebenfalls nicht bestehen bleiben. Damit die Parteien Gelegenheit haben, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die erbrechtliche

Beschränkbarkeit der Haftung noch besteht und dem Zugriff der Klägerin noch eine haftende Nachlaßmasse offensteht (zur Bedeutung dieses Einwands vgl. Stein/Jonas/Pohle ZPO, 19. Aufl. § 780 Anm. II 1 a m. w. N. in Fußnote 18), mußte der Rechtsstreit auch insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Kuhn

Dr. Schulze

Stimpel

Dr. Bauer

Dr. Kellermann