

Für das Nachschlagewerk !

Für die Amtliche Sammlung !

1. Gesetz: HGB §§ 105 ff; 2. Gesetz: GmbHG § 11

Rechtssatz:

Betreiben die Gesellschafter einer GmbH, ohne Firma, Sitz, Gegenstand und Gesellschaftsform gemäß § 53 GmbHG zu ändern, an einem anderen Orte ein anderes vollkaufmännisches Handelsgewerbe unter einer Firma, die auf eine neue GmbH hinweist, deren Eintragung aber gar nicht beabsichtigt ist, so liegt darin schlüssig der Abschluß eines auf den Betrieb einer offenen Handelsgesellschaft gerichteten Gesellschaftsvertrages.

Aktenzeichen: II ZR 282/55

Urteil des BGH vom 29. November 1956 - LG Osnabrück
OLG Oldenburg

Verkündet
laut Protokoll
am 29. November 1956
Braun, Justizobersekretär,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der unter der Firma "R [REDACTED], Gesellschaft mit beschränkter Haftung, R [REDACTED]", in M [REDACTED] betriebenen Handelsgesellschaft, vertreten durch ihren "Geschäftsführer" Georg Freiherr von W [REDACTED] in V [REDACTED],
2. des Kaufmanns Georg Freiherr von W [REDACTED],
Beklagte, Berufungs- und
Revisionskläger,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

die Firma Fried. K [REDACTED] in F [REDACTED], Inhaber Alfried K [REDACTED]
von B [REDACTED]-H [REDACTED] in E [REDACTED],
Klägerin, Berufungs- und
Revisionsbeklagte,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 1956 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Selowsky, Dr. Fischer, Dr. Kuhn und Dr. Nörr
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 3. Juni 1955 verkündete Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß von der Verurteilung der Beklagten die gesamtschuldnerische Verurteilung in Wegfall kommt. Die Kosten der Revisionsinstanz werden den Beklagten als Gesamtschuldern auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte zu 2, der in M. zusammen mit seiner Ehefrau und seiner Schwiegermutter ein Handelsgeschäft unter der Firma "R. , Gesellschaft mit beschränkter Haftung, R. " betreibt und als "Geschäftsführer" dieses Unternehmens auftritt, schloß am 4. Januar 1950 unter dieser Firma mit der Klägerin schriftlich einen Mietvertrag über drei Gebäude des ehemaligen Schießplatzes in M. ab. Die Klägerin nimmt ihren Vertragspartner (Beklagte zu 1) und den Beklagten zu 2 als Gesamtschuldner auf Zahlung von 9.879,39 DM Miete, Strom- und Wassergelder und die Beklagte zu 1 allein auf Zahlung weiterer 986,98 DM für Lieferungen und Arbeitsleistungen außerhalb des abgeschlossenen Mietvertrages in Anspruch.

Die Beklagten machen geltend, daß der Mietvertrag nichtig sei. Unstreitig haben die Vertragschließenden die Wirksamkeit des Vertrages von der Genehmigung einer bestimmten Stelle der Militärregierung abhängig gemacht. Unstreitig ist weiter, daß diese Stelle den Vertrag zwar genehmigt, damit aber die Auflage verbunden hat, daß der Vertrag unter gewissen Voraussetzungen auf Anordnung der Militärregierung mit Frist von einem halben Jahre aufzulösen sei. Die Beklagten meinen, hierdurch sei der fest auf fünf Jahre geschlossene Vertrag in einen solchen mit halbjährlicher Kündigungsfrist umgewandelt worden. Ein so eingeschränkter Vertrag sei für sie unannehmbar gewesen, da sie vor Erteilung der Genehmigung erhebliche Summen in den Betrieb gesteckt hätten.

Die Beklagten machen weiter geltend, daß die von der Beklagten zu 1 geleisteten Zahlungen auf die Miete und nicht auf die daneben bestehenden Schulden aus Lieferungen und Arbeitsleistungen der Klägerin hätten verrechnet werden dürfen.



Außerdem haben sie mit Gegenforderungen aufgerechnet.

Unter dem 27. Februar 1950 hat der Beklagte zu 2 noch einen auf dem Mietvertrag stehenden Zusatz unterschrieben, nach dem er die persönliche Haftung für die Durchführung des Vertrages übernimmt. Er sieht diese Verpflichtungserklärung als eine Bürgschaft an und hat die Einrede der Vorausklage erhoben.

Die Klägerin trägt demgegenüber vor: Die Vertragsschließenden hätten von vornherein mit einem Vorbehalt des von der Militärregierung gemachten Inhalts gerechnet. Außerdem sei die Pflicht der Genehmigung derartiger Verträge mit dem 18. September 1951 entfallen. Die Beklagten hätten nicht bestimmt, welche Schuld durch die einzelnen Zahlungen getilgt werden solle; darum greife § 366 Abs 2 BGB ein; nach dieser Bestimmung seien die nicht durch ein gesetzliches Pfandrecht gesicherten Forderungen als getilgt anzusehen. Die zur Aufrechnung gestellten Forderungen seien unbegründet.

Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 7.603,77 DM und außerdem die Beklagte zu 1 zur Zahlung weiterer 3.262,60 DM verurteilt.

Beide Parteien haben dieses Urteil angefochten. Die Klägerin machte in der Berufungsinstanz geltend, daß die Beklagte zu 1 als offene Handelsgesellschaft behandelt werden müsse, weil sie im Handelsregister nicht als Gesellschaft mbH eingetragen sei. Die Beklagten vertreten demgegenüber den Standpunkt, daß das in M. betriebene Unternehmen eine Zweigniederlassung der in G. eingetragenen Ro. GmbH sei, möge das auch nicht zur Eintragung ins Handelsregister angemeldet worden sein und deren

Unternehmen nicht mehr betrieben werden. Unstreitig ist, daß der Beklagte zu 2, seine Ehefrau und seine Schwiegermutter Gesellschafter der R[REDACTED] GmbH sind und daß der Zweck dieser Gesellschaft auf die Herstellung von Rohfaserplatten gerichtet und nicht geändert worden ist.

Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Auf die Anschlußberufung der Klägerin sind die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 10.866,37 DM verurteilt worden.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision gebeten hat.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsurteil (wiedergegeben WM 1955, 1456 und BB 1955, 713) führt aus: Die "R[REDACTED] GmbH" sei nicht mit der Ro[REDACTED] GmbH identisch und auch keine Zweigniederlassung dieser Gesellschaft. Denn dieselben Personen könnten mehrere Unternehmen betreiben, und das sei hier der Fall, weil die verwendeten Firmen und die Unternehmensgegenstände nicht übereinstimmten, die Gesellschafter der Ro[REDACTED] GmbH keine Änderung des Gesellschaftsvertrages beschlossen hätten, der in M[REDACTED] eröffnete Geschäftsbetrieb auch nicht als Zweigniederlassung der Ro[REDACTED] GmbH angemeldet worden sei und die Ro[REDACTED] GmbH nicht mehr betrieben werde. Da die "R[REDACTED] GmbH" nicht ins Handelsregister eingetragen worden sei, bestehe sie nicht als Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Prozeßgegner der Klägerin sei darum keine juristische Person, sondern die unter der Firma "R[REDACTED] GmbH" betriebene Handelsgesellschaft. Das sei eine offene Handelsgesellschaft. Der Beklagte zu 2, seine Ehefrau und seine Schwiegermutter müßten sich zum Schutze des Verkehrs so behandeln lassen, als hätten sie eine neue

GmbH gegründet. Sie hätten den vollen Geschäftsbetrieb eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes aufgenommen. Damit sei die zu fingierende Gründergesellschaft in Vollzug gesetzt worden. Im Hinblick hierauf komme es nicht darauf an, daß ein neuer Gesellschaftsvertrag fehle. Unerheblich sei auch, daß der Beklagte zu 2, seine Ehefrau und seine Schwiegermutter, wie sich das aus der Wahl einer GmbH-Firma ergebe, nur beschränkt hätten haften wollen, während zur offenen Handelsgesellschaft ein Vertrag gehöre, der allen Gesellschaftern die unbeschränkte Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auferlege. Denn eine beschränkte Haftung der Gesellschafter einer Gründergesellschaft (der sog. Vor-gesellschaft oder Vor-GmbH) könne, wenn überhaupt, nur dann Platz greifen, wenn bereits durch einen gültigen Gesellschaftsvertrag der Betrag des Stammkapitals und die Höhe der Stammeinlagen festgesetzt worden seien. Auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse sei eine offene Handelsgesellschaft entstanden. Hieran ändere es nichts, daß sie eine nach § 19 HGB unzulässige Firma führe und unter dieser Firma auch gegenüber der Klägerin aufgetreten sei. Da eine offene Handelsgesellschaft nach § 124 Abs 1 HGB unter ihrer Firma verklagt werden könne, sei die unter der Firma "R [REDACTED] GmbH" betriebene offene Handelsgesellschaft als verklagt anzusehen.

Die Revision wirft dem Berufungsgericht vor, es habe an die Stelle der verklagten "R [REDACTED] GmbH", gegen die die Klage und die Anträge gerichtet worden seien, einen anderen Beklagten gesetzt und damit von sich aus die Klage geändert und der Klägerin überdies etwas zugesprochen, was sie gar nicht beantragt habe. Sie meint, die gegen eine nicht existierende GmbH gerichtete Klage habe gegenüber der Beklagten zu 1 abgewiesen werden müssen. Damit müsse auch das Urteil gegen den Beklagten zu 2 hinfällig werden.

Das Berufungsurteil ist im Ergebnis richtig.

1.) Der Beklagte zu 2, seine Ehefrau und seine Schwiegermutter haben, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstöß feststellt, einen neuen vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb eröffnet und keine Zweigniederlassung der Ro. [REDACTED] GmbH begründet. Sie haben das Unternehmen unter einer gemeinschaftlichen Firma betrieben. Daß diese Firma dem Unternehmensgegenstand entlehnt ist und den Zusatz "mit beschränkter Haftung" enthält, während die Firma einer offenen Handelsgesellschaft den Namen wenigstens eines der Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz oder die Namen aller Gesellschafter zu enthalten hat (§ 19 Abs 1 HGB), hindert die Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft nicht (Weipert in RGRKomm z HGB § 105 Anm 19 m w Nachw). Anders als bei einer sog. Scheingesellschaft fehlt es auch nicht an einem Gesellschaftsvertrage. Nach Lage der Dinge ist mit dem Berufungsgericht allerdings davon auszugehen, daß die Gesellschafter der Ro. [REDACTED] GmbH keine neue Gesellschaft gründen, sondern vielmehr das neue Unternehmen auf Grund ihres bisherigen Zusammenschlusses betreiben wollten. Aber darin, daß sie in Meppen einen gemeinsamen Geschäftsbetrieb auf Grund ihres bestehenden gesellschaftlichen Zusammenschlusses eröffneten, lag notwendigerweise der Abschluß eines neuen auf den Betrieb einer offenen Handelsgesellschaft gerichteten Vertrages. Eine Änderung der Firma und des Gegenstandes der Ro. [REDACTED] GmbH konnte nur durch Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam werden (§ 54 Abs 3 GmbHG). Nahmen die Gesellschafter der Ro. [REDACTED] GmbH unter einer von der Firma dieser juristischen Person abweichenden, jedoch gemeinsamen Firma den Betrieb eines ganz anderen Handelsgeschäfts auf, so konnten sie nicht auf Grund des für diese GmbH geltenden Gesellschaftsvertrages, sondern nur auf Grund eines schlüssig zustande gekommenen neuen Gesellschaftsvertrages tätig werden. Dieser Vertrag enthält die Elemente des Gesellschaftsvertrages der Ro. [REDACTED] GmbH, so-

weit sie nicht die juristische Person und die Organisation des Zusammenschlusses als GmbH betreffen. Bestand aber ein gesellschaftlicher Zusammenschluß zum Betrieb des in M. eröffneten vollkaufmännischen Handelsgewerbes, so kam es auf den Willen der Beteiligten, das neue Unternehmen in Form einer GmbH zu betreiben, nicht an. Denn tatsächlich betrieben sie es nicht in der Rechtsform ihres in Gronau eingetragenen Unternehmens, sondern als neues Unternehmen, und hierfür strebten sie nicht die Eintragung als GmbH an. Eine Personenvereinigung, die ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt, kann sich nur der durch das Gesetz zur Verfügung gestellten Gesellschaftsformen bedienen. Der in § 22 BGB für wirtschaftliche Vereine verordnete Konzessionszwang läßt nicht die Möglichkeit, auf einem anderen Wege als in den Formen der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mbH und der eingetragenen Genossenschaft die Rechtsfähigkeit oder die beschränkte Haftung (Nichthaftung) der Mitglieder zu erreichen (Schultze-von Lasaulx JZ 1952, 390 ff; ZGen 5, 190/91; Paulick ZGen 4; 149 ff 1537). Es ist anerkannt, daß ein nichtrechtsfähiger Verein in Wirklichkeit offene Handelsgesellschaft ist und ins Handelsregister eingetragen werden muß, wenn er ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt (Würdinger, Gesellschaften I § 14 IV; Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht § 29 II 6 a). Anerkannt ist weiter, daß eine Personalgesellschaft, die über den Umfang des Kleingewerbes hinaus Handelsgeschäfte betreibt, offene Handelsgesellschaft und eintragungspflichtig ist (Hueck, Recht der offenen Handelsgesellschaft § 1 II; Weipert in RGRKomm z HGB § 105 Anm 15; Würdinger aaO § 22 I 2 b). Auch wenn die Mitglieder einer eingetragenen GmbH gemeinsam ein neues vollkaufmännisches Handelsgeschäft eröffnen und unter der Firma einer nicht bestehenden GmbH betreiben, aber gar nicht daran denken, einen neuen Gesellschaftsvertrag zu schließen und das neue Unternehmen als GmbH ins Handelsregister ein-

tragen zu lassen, liegt in Wirklichkeit eine offene Handelsgesellschaft vor, weil durch das tatsächliche Verhalten der GmbH-Gesellschafter schlüssig ein OHG-Vertrag zustande kommt und die Beteiligten ihre Haftung nicht in der gedachten Weise beschränken können und darum unbeschränkt haften. Daß sie das nicht wollen und auch die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft für sich nicht wünschen, ist unerheblich, da objektiv die Voraussetzungen für die offene Handelsgesellschaft gegeben sind (vgl. das Senatsurteil vom 17.6.53 - II ZR 205/52 - BGHZ 10, 91 (97)).

Danach ist der Standpunkt des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 2, seine Ehefrau und seine Schwiegermutter müßten sich so behandeln lassen, als hätten sie eine neue Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet, unrichtig. Da diese Personen den Abschluß eines neuen GmbH-Gesellschaftsvertrages, die Bildung eines neuen Stammkapitals, die Festsetzung neuer Stammeinlagen und die Eintragung der "R[REDACTED]" als GmbH gar nicht vorhatten, kann von einer Vor-GmbH keine Rede sein. Es stellt sich darum auch nicht die vom Berufungsgericht entschiedene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die sog. Vorgesellschaft als offene Handelsgesellschaft behandelt werden kann.

2.) Klage und Anträge sind gegen die "R[REDACTED] GmbH, R[REDACTED] in M[REDACTED]" gerichtet. Das ist zugleich der Name, unter dem die aus dem Beklagten zu 2, seiner Ehefrau und seiner Schwiegermutter bestehende offene Handelsgesellschaft betrieben wird. Die Parteien haben darüber gestritten, ob sich unter dieser Firma die R[REDACTED] GmbH oder eine aus deren Gesellschaftern bestehende offene Handelsgesellschaft verbirgt. Die Klägerin mag sich beim Abschluß des Mietvertrages vorgestellt haben, es mit einer GmbH zu tun zu haben; sie mag auch gemeint haben,

die Klage gegen eine GmbH zu erheben. Ersichtlich wollte sie mit der Klage aber nicht eine gar nicht existente juristische Person, sondern dasjenige Rechtsgebilde erfassen, das sich unter dieser Firma verbirgt und ihr Vertragspartner ist. Das ist eine aus dem Gesellschafterbestand der Ro. [REDACTED] GmbH gebildete offene Handelsgesellschaft, die zwar zur Unterlassung der unzulässigen Firmenbezeichnung und zur Änderung der Firma verpflichtet ist, aber unter dieser Firma aufgetreten ist. Eine andere Firma als die benutzte, unzulässigerweise nach § 4 GmbHG gebildete Firma hat diese offene Handelsgesellschaft nicht. Sie konnte darum unter einer anderen Firma als der von ihr verwendeten nicht verklagt werden. Nach § 124 Abs 1 HGB ist die offene Handelsgesellschaft parteifähig. Wenn das Berufungsgericht die Bezeichnung der beklagten Partei dahin änderte, daß die unter der Firma "R. [REDACTED], Gesellschaft mit beschränkter Haftung, R. [REDACTED], in M. [REDACTED]" betriebene Handelsgesellschaft verklagt sei, so handelte es sich um eine sachgerechte Klarstellung des Rubrums und keine gerichtlicherseits vorgenommene Klageänderung. Auch von einer Verletzung des § 308 ZPO kann keine Rede sein.

II. Ist eine offene Handelsgesellschaft die Vertragspartnerin der Klägerin, so kann sie auch unter ihrer, wenn auch unzulässigen Firma in Anspruch genommen werden. Als dann haftet der Beklagte zu 2 für deren Verbindlichkeiten persönlich und unbeschränkt (§ 128 HGB). Hierfür kommt es nicht darauf an, ob seine auf den Mietvertrag gesetzte Erklärung als Bürgschaft anzusehen ist. Es kann auch dahingestellt bleiben, ob ihm als Bürgen die Einrede der Vorausklage zustände oder nicht.

1.) Der Mietvertrag ist wirksam, da das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei festgestellt hat, daß er in Kenntnis des bestehenden Eingriffsrechts der Militärregierung abgeschlossen worden ist. Entgegen der Ansicht der Re-

vision geht es hierbei nicht um eine der Schriftform bedürftige, dem Vertrage mündlich beigefügte Bedingung.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang noch, das Berufungsgericht habe Beweisantritte der Beklagten übergangen. Es handelt sich dabei um die Behauptung, die Beklagten hätten die Schließung eines Mietvertrages mit Kündigungsmöglichkeit abgelehnt, nachdem sie die Genehmigung der Militärregierung mit dem darin enthaltenen Vorbehalt erfahren hätten. Diese Behauptung ist unerheblich, da die Beklagten den Mietvertrag bereits abgeschlossen hatten und an ihn gebunden blieben, wenn dieser Vertrag unter einem Vorbehalt genehmigt wurde, mit dem sie angesichts ihrer Kenntnis von den Dingen rechneten oder jedenfalls rechnen mußten.

2.) Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Beklagten bei ihren geltend gemachten Zahlungen nicht bestimmt, welche Schuld getilgt werden sollte. Daher greift § 366 Abs 2 BGB Platz. Das Berufungsgericht hat auch darin Recht, daß es die Mietzinsansprüche wegen des gesetzlichen Vermieterpfandrechts (§ 559 BGB) als die sicheren und daher die Ansprüche aus Warenlieferungen und Arbeitsleistungen der Klägerin als durch die Zahlungen getilgt angesehen hat.

3.) Das Landgericht ist auf den Aufrechnungseinwand nicht näher eingegangen, weil die Gegenforderungen der Beklagten dem Grunde und der Höhe nach nicht substantiiert seien. Gleichwohl haben die Beklagten ihr Vorbringen in der Berufungsinstanz insoweit nicht ergänzt. Das Berufungsgericht hat daher den Aufrechnungseinwand gleichfalls mangels Substantiierung zurückgewiesen. Das ist richtig. Daß in der Berufungsinstanz andere Erwägungen im Vordergrund standen, entband die Beklagten entgegen der Ansicht der Revision nicht von der ihnen obliegenden prozessualen Pflicht, den Aufrechnungseinwand zu substantiieren.

4.) Wie in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt ist, besteht zwischen der offenen Handelsgesellschaft und ihren Gesellschaftern keine Gesamtschuld (RG JW 1928, 2612; Weipert aaO § 128 Anm 14; Hueck aaO § 21 II 7 mit unterschiedlicher Begründung). Die Zahlung der Gesellschaft befreit jedoch den Gesellschafter. Eine gesamtschuldnerische Verurteilung der Gesellschaft und der Gesellschafter ist ausgeschlossen. Insoweit war das Berufungsurteil abzuändern.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 100 Abs 4 ZPO.

Dr. Canter

Dr. Selowsky

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Nörr