

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 53/70

URTEIL

Verkündet am

13. Juli 1972
Kaufmann, Justiz-
angestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

1.

2.

3. ...

4. ...

Beklagten und Revisionsbeklagten,

-

-

-

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juni 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Teilurteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 25. Februar 1970 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin zweier am 30. November 1966 von dem Kaufmann B. [REDACTED] ausgestellter Wechsel über je 5.000 DM, die am 7. und 8. Februar 1967 fällig waren und ihr von B. [REDACTED] zur Sicherung eines Darlehens indossiert worden sind. Als Bezogene ist auf den Wechseln die "Firma G. [REDACTED] & Co. GmbH Bauausführungen" in D. [REDACTED] angegeben. Der Annahmevermerk ist unter der Firma "G. [REDACTED] & Co. GmbH KG Bauausführungen", D. [REDACTED], abgegeben und für diese von dem Geschäftsführer der G. [REDACTED] & Co. GmbH gezeichnet. Beide Wechsel gingen am 8. Februar 1967 mangels Zahlung zu Protest. Der Protest ist gegen die G. [REDACTED] & Co. GmbH KG erhoben. Diese Gesellschaft ist im Handelsregister nicht eingetragen.

Die Klägerin nimmt die Beklagten als Kommanditisten der als Annehmerin bezeichneten Kommanditgesellschaft unter anderem mit der Begründung in Anspruch, sie hafteten für Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft nach § 176 Abs. 1 HGB unbeschränkt, weil diese vor ihrer Eintragung in das Handelsregister die Geschäfte aufgenommen hat und die Beklagten dem zugestimmt hätten.

Die G■■■■ & Co. GmbH KG ist durch notariellen Vertrag vom 18. Juli 1966 von der seit 1961 bestehenden G■■■■ & Co. GmbH als alleiniger persönlich haftender Gesellschafterin sowie von den Beklagten und drei weiteren Personen als Kommanditisten gegründet worden. Die nach dem Kommanditgesellschaftsvertrag allein geschäftsführungsberechtigte G■■■■ & Co. GmbH brachte als Einlage ihren Geschäftsbetrieb mit allen Aktiven und Passiven in die Gesellschaft ein. Gegenstand des Unternehmens der GmbH wie auch der neu gegründeten Kommanditgesellschaft waren die Bauausführung aller Art sowie der Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken. Als Gesellschaftsbeginn wurde der 1. Juli 1966 vereinbart. Die Geschäfte des von der GmbH eingebrachten Bauunternehmens wurden alsbald von der neu gegründeten Gesellschaft übernommen und unter der Firma G■■■■ & Co. GmbH KG fortgeführt. Diese schloß unter dieser Bezeichnung in erheblichem Umfang Wechselgeschäfte ab. Sie wurde jedoch erst am 15. Dezember 1966 als Kommanditgesellschaft zum Handelsregister angemeldet. Das Registergericht lehnte die Eintragung im März 1967 ab, weil die Gesellschaft inzwischen den Geschäftsbetrieb eingestellt hatte.



Die Beklagten haben geltend gemacht, die G. & Co. GmbH KG sei, weil sie kein Grundhandelsgewerbe betreibe und nicht im Handelsregister eingetragen sei, nur Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und damit nicht wechsel-fähig; infolgedessen hafteten auch sie nicht.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Gegen dieses Urteil haben Notar H., dem die Beklagten in erster Instanz den Streit verkündet hatten, unter Erklärung des Beitritts auf seiten der Beklagten und die Beklagten selbst Berufung eingelegt. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin die Klage gegen die Beklagte zu 4 zurückgenommen; das Verfahren gegen die Beklagte zu 3 wurde wegen Ablebens ihres persönlich haftenden Gesellschafters ausgesetzt.

Die Klägerin hat die Ansprüche aus den Klagewechseln im Verlaufe des Rechtsstreits an den Versicherungskaufmann Otto S. abgetreten. Sie hat nunmehr beantragt, die Beklagten zu 1 und zu 2 unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 10.000 DM mit Zinsen und Wechselkosten an Otto S. zu verurteilen.

Das Berufungsgericht hat die Klage gegen die Beklagten zu 1 und zu 2 durch Teilurteil abgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageansprüche gegen die Beklagten zu 1 und 2, die Zurückweisung der Revision beantragen, weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Der Streithelfer der Beklagten hat seine am 9. Mai 1968 eingelegte Berufung nach Fristverlängerung bis zum 16. Juli 1968 erst am 5. September 1968 begründet. Das Berufungsgericht hält die Begründungsfrist gleichwohl für gewahrt, weil ihr Lauf nach § 223 ZPO durch die Gerichtsferien gehemmt gewesen sei. Demgegenüber weist die Revision darauf hin, daß Streitigkeiten über Wechselansprüche, auch wenn sie im ordentlichen Verfahren ausgetragen werden, nach § 200 Abs. 2 Nr. 6 GVG Feriensachen sind (BGHZ 18, 173, 175; BGH WM 1968, 1408). Das berührt hier aber nicht die Zulässigkeit des Rechtsmittels, weil die Beklagten ihrerseits ordnungsgemäß Berufung eingelegt und sie frist- und formgerecht begründet haben; dies wirkt sich auch zugunsten des Streithelfers aus.

II. In der Sache verneint das Berufungsgericht rechtlich fehlerfrei eine gesellschaftsrechtliche Haftung der Beklagten. Es kommt daher nicht darauf an, ob die Angabe des Bezogenen auf den Wechseln dahin ausgelegt werden kann, daß damit in Wirklichkeit nicht die GmbH, sondern die "G●● & Co. GmbH KG" gemeint gewesen sei, für die der Geschäftsführer der GmbH den Annahmevermerk gezeichnet hat.

1. Nach § 176 Abs. 1 HGB haftet jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginn der Kommanditgesellschaft vor ihrer Eintragung im Handelsregister zugestimmt hat, für die zwischen Geschäftsbeginn und Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich unbeschränkt wie ein persönlich haftender Gesellschafter.

Das gilt nach § 176 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 2 HGB nicht, wenn die Gesellschaft kein Grundhandelsgewerbe nach § 1 HGB betreibt. Fällt das Unternehmen nicht unter § 1 HGB, erfordert es aber nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb (§ 2 HGB), so wird die Gesellschaft als Kommanditgesellschaft nach außen erst mit der Eintragung wirksam, weil ihr Gewerbe erst dadurch zum Handelsgewerbe im Sinne des HGB wird und eine Kommanditgesellschaft den Betrieb eines solchen Handelsgewerbes voraussetzt (§ 161 Abs. 1 HGB). Bis dahin ist sie eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. So liegt es hier nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts.

a) Zu Unrecht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den Betrieb der G. & Co. GmbH KG nicht als Grundhandelsgewerbe angesehen hat.

Ein Bauunternehmer betreibt kein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 HGB. Seine Tätigkeit besteht nicht in der Anschaffung und Weiterveräußerung von Waren, wie dies nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB zur Begründung der Kaufmannseigenschaft vorausgesetzt wird. Hierfür kann zwar, wie der Revision zuzugeben ist, mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung nicht allein der sachenrechtliche Gesichtspunkt maßgebend sein, daß die von dem Bauunternehmer angeschafften und für den Bau verwendeten Materialien anstatt durch rechtsgeschäftliche Übereignung auf dem Weg über die Verbindung mit dem Grundstück als wesentliche Bestandteile den Eigentümer wechseln. Entscheidend ist aber, daß der Bauunternehmer keinen Warenhandel betreibt. Er schuldet nicht die Lieferung von Baustoffen, sondern die Errichtung

eines Bauwerks. Im Vordergrund seiner Tätigkeit steht die Werkleistung, die plan- und werkgerechte Ausführung des Gebäudes unter Einsatz von Personal, Maschinen, Gerätschaften und sonstigen Baueinrichtungen. Die von ihm beschafften Baustoffe sind nur Hilfs- und Arbeitsmittel für die geschuldete Bauleistung (BGH LM [Strafsachen] 7 KO § 240 Nr. 8). Auch § 1 Abs. 2 Ziff. 2 HGB kommt für den Bauunternehmer nicht in Betracht. Darunter fallen nur die industriemäßig eingerichteten Lohnbetriebe, welche vom Besteller gelieferte Stoffe be- oder verarbeiten, also die Waren weder produzieren noch selbst anschaffen (Brüggemann in Großkomm. HGB 3. Aufl. § 1 Anm. 34).

Es mag sein, daß die Regelung der §§ 1 ff HGB unter heutigen Verhältnissen nicht mehr für alle Fälle befriedigen kann. So könnte es wünschenswert und sachgerecht sein, dem Bauunternehmer ohne Registereintragung die Kaufmannseigenschaft ebenso zuzuerkennen, wie das nach geltendem Recht anderen Betrieben des Baugewerbes zukommt, z. B. dem Baustoffhändler oder bestimmten Bauhandwerkern, bei denen die vorgefertigte oder katalogmäßige Lieferung von Waren überwiegendes Tätigkeitsmerkmal ist. Die Gerichte sind aber nicht befugt, vom Gesetzgeber gewollte Abgrenzungen durch andere, ihnen geeigneter erscheinende Merkmale zu ersetzen, zumal der Gesetzgeber die letzte Änderung des § 1 HGB durch das Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern vom 31. März 1953 (BGBl I 106) nicht zum Anlaß genommen hat, die Bauunternehmen in den Kreis der Grundhandelsgewerbe einzubeziehen. Vor allem geht es um der Rechtssicherheit willen und wegen der weitergehenden Folgerungen, die daraus gezogen werden

könnten, auch nicht an, bei Bauunternehmen die Einordnung als Grundhandelsgewerbe etwa von Größe, Umsatz und Gesamtumschnitt des Betriebs oder - bei einem Gesellschaftsunternehmen - von der Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter abhängig zu machen, wie die Revision es will. Die Betriebsgröße kann nach geltendem Recht für § 2, aber nicht im Rahmen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB eine Rolle spielen.

b) Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, war die Handelsregistereintragung zur Entstehung der Kommanditgesellschaft nicht deswegen entbehrlich, weil die neu gegründete Gesellschaft den gesamten vollkaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb der GmbH (ca. 130 Beschäftigte, Umsatz etwa 5 Millionen DM im Jahre 1965) übernommen und fortgeführt hat.

Die Eintragung ist zwar zur Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht notwendig, wenn diese einen schon für einen Einzelkaufmann eingetragenen, unter § 2 HGB fallenden Betrieb übernimmt und unter der bisherigen Firma fortführt, wie z. B. bei Aufnahme eines Gesellschafters durch den Einzelkaufmann. Mit dem Beginn der Geschäfte für Rechnung der Gesellschaft ist diese nach außen als Personenhandelsgesellschaft wirksam geworden (RG SeuffArch 95 Nr. 33). Denn das Unternehmen ist in diesem Fall bei Eintritt einer weiteren Person bereits Handelsgewerbe kraft Eintragung der Firma. Die Änderung in eine Gesellschaft hat deshalb insofern keine konstitutive Bedeutung; sie betrifft nur den Inhaber

und nicht das nach § 2 HGB schon als Handelsgewerbe entstandene und als solches von den Gesellschaftern lediglich weiterbetriebene Unternehmen.

Anders liegt es dagegen bei der Übernahme des Betriebes einer GmbH. Nach § 13 Abs. 3 GmbHG "gilt" die GmbH als "Handelsgesellschaft", und zwar ohne Rücksicht darauf, welche Geschäfte sie betreibt oder welchen Zweck sie sonst verfolgt (§ 1 GmbHG), allein aufgrund ihrer Rechtsform. Das sagt nichts darüber, ob ihr Unternehmen Handelsgewerbe im Sinne des HGB ist, mögen auch seine Geschäfte, solange die GmbH Inhaberin bleibt, als Handelsgeschäfte zu betrachten sein (§ 6 HGB), wie die Revision hervorhebt. Da aber der Betrieb eines Handelsgewerbes Tatbestandsvoraussetzung des § 161 HGB ist, läßt erst die konstitutiv wirkende Eintragung im Handelsregister die Kommanditgesellschaft zur Entstehung gelangen, wenn diese einen nicht unter § 1 HGB fallenden Betrieb einer GmbH übernommen hat.

Der Geschäftsführer der GmbH hat hiernach die Wechsel für eine als Handelsgesellschaft nicht existente Kommanditgesellschaft unterzeichnet. Damit entfällt eine Haftung der Beklagten nach § 176 HGB.

2. Die sich unter der Fehlbezeichnung verbergende bürgerlich-rechtliche Gesellschaft haftet ebenfalls nicht aus den Wechseln. Die Klagewechsel sind zwar formal gültig, weil die Bezeichnung "G. & Co. GmbH KG" als Firma einer selbständig im Rechtsverkehr handlungsfähigen

Kommanditgesellschaft (§§ 161, 174 HGB) möglich ist und es für die Formgültigkeit nicht darauf ankommt, ob es den Bezeichneten tatsächlich gibt (BGH LM GmbHG § 11 Nr. 11). Aber selbst wenn man die Zeichnung für eine nicht bestehende Kommanditgesellschaft dahin auslegen könnte, daß damit in Wirklichkeit die BGB-Gesellschaft gemeint sei, würde diese nicht **wechselmäßig** haften. Denn eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist nicht wechselfähig, weil sie als solche nicht Träger von Rechten und Pflichten sein kann (Baumbach/Hefermehl, WG 10. Aufl. Einl. Rn. 18). Infolgedessen haften die Beklagten auch nicht in der Eigenschaft als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts.

III. Die Zeichnung unter der Firma einer noch nicht existierenden Kommanditgesellschaft läßt sich auch nicht dahin umdeuten, daß die einzelnen Gesellschafter, die den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, persönlich aus dem Wechsel verpflichtet sein sollen. Denn das würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts doch die Wechselfähigkeit zuzuerkennen. Vor allem aber widersprüche es der eindeutigen Erklärung auf dem Wechsel, namens einer (wenn auch nur angeblich vorhandenen) für sich handlungs- und verpflichtungsfähigen Kommanditgesellschaft zu unterzeichnen, also deren Gesellschafter gerade nicht als einzelne, sondern nur in ihrer Verbundenheit zu einer im Rechtsverkehr selbständig auftretenden Handelsgesellschaft verpflichten zu wollen (vgl. Staub/Stranz, WG 13. Aufl. Art. 7 Anm. 8).

Die Streitfrage, wer bei Zeichnung für einen nicht rechtsfähigen Verein aus dem Wechsel haftet (vgl. dazu

einerseits RGZ 112, 124, andererseits Baumbach/Hefermehl aaO Rn. 18 m. w. N.), ist hier ohne Interesse, da dieser Sachverhalt mit dem vorliegenden Fall einer Wechselzeichnung für eine angebliche Kommanditgesellschaft nicht vergleichbar ist.

IV. Nach den für die Revisionsinstanz bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Geschäftsführer der Klägerin die Wechsel nicht im Vertrauen darauf entgegengenommen, daß die als Annehmerin bezeichnete Kommanditgesellschaft tatsächlich bestehe. Damit entfällt aus tatsächlichen Gründen eine Haftung der Beklagten aus veranlaßtem Rechtsschein. Es kann daher auf sich beruhen, ob dort, wo die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Rechtsscheinhaftung an sich gegeben sind, der "Schein-Kommanditist" sich auf seine Haftungsbeschränkung berufen kann.

Die Klägerin führt den Rechtsstreit zwar nur noch in Prozeßstandschaft für den Abtretungsempfänger Swidersky weiter. Dieser konnte aber durch eine gewöhnliche Abtretung nach § 398 BGB keine weitergehenden Rechte erwerben, als die Klägerin hatte.

V. Ohne Rechtsfehler sieht das Berufungsgericht nach Lage der Sache auch sonst keine Rechtsgrundlage für eine Inanspruchnahme der Beklagten. Es muß daher bei der Abweisung der Klage bleiben.

Stempel

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann