

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 89/82

URTEIL

Verkündet am
17. Januar 1983
Kaufmann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Klaus-Peter Sch[REDACTED], R[REDACTED]-H[REDACTED]-Str. [REDACTED],
Z[REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Stahl[REDACTED] Otto G[REDACTED] GmbH & Co., gesetzlich vertreten
durch die Geschäftsführer Georg Go[REDACTED] und Dr. Hermann W[REDACTED],
E[REDACTED]str. [REDACTED], M[REDACTED] [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes
hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1982
durch die Richter am Bundesgerichtshof Fleck, Dr. Schulze,
Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird - unter
Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels -
das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Nürnberg vom 31. März 1982 im Kostenpunkt und
insoweit aufgehoben, als der Beklagte verurteilt
worden ist, mehr als 1.123,59 DM an die Klägerin
zu zahlen. Im Umfang der Aufhebung wird die
Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Beklagte trägt ein Drittel der Kosten
des Revisionsverfahrens. Im übrigen bleibt
die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht
überlassen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 6. April 1978 gründeten der Beklagte, der Kaufmann Ludwig K. und die C. El. - Elektrotechnische Werkstätten und Vertriebs-GmbH die C.-Kfz-Service-GmbH (im folgenden: C.-Service-GmbH). Geschäftsführer wurden der Beklagte und Frau K. Ludwig K. wurde Prokurist. Die Geschäftsführer sollten die Gesellschaft gemeinsam oder je einzeln zusammen mit dem Prokuristen vertreten. Am 15. Juni 1978 teilte der Beklagte dem Notar, der den Gesellschaftsvertrag beurkundet hatte, mit, er scheide wegen Unstimmigkeiten als Gesellschafter und Geschäftsführer aus. Der Notar nahm daraufhin am 6. Juli 1978 den Antrag auf Eintragung ins Handelsregister zurück. Am 1. November 1978 wurde - ohne Beteiligung des Beklagten - erneut ein Gesellschaftsvertrag zur Gründung der C.-Service-GmbH geschlossen. Diese Gesellschaft wurde am 3. Juli 1979 ins Handelsregister eingetragen. Am 8. August 1980 lehnte das Amtsgericht die Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen mangels Masse ab.

Am 18. Mai 1978 unterzeichneten der Beklagte als Geschäftsführer der C.-Service-GmbH und der Prokurist Kraus bei der Klägerin einen Kunden-Neuaufnahmeantrag. Die darin als einkaufsberechtigt ausgewiesenen Ka. und K. gaben in der Zeit vom 19. Mai 1978 bis 18. Dezember 1978 insgesamt acht Bestellungen auf, die nur zum Teil bezahlt wurden.

Die Klägerin nimmt den Beklagten gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG auf Zahlung der noch offenen Rechnungsbeträge in Höhe von



3.097,55 DM, von Zinsen in Höhe von 684,14 DM zuzüglich 13 % Mehrwertsteuer hierauf und Mahnkosten in Höhe von 12 DM in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag, die Klage abzuweisen, weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur teilweisen Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

I. Der Beklagte hat der Klägerin für die der C-Service-GmbH am 6. Juni 1978 und 19. Juli 1978 in Rechnung gestellten und in Höhe von 1.123,59 DM nicht beglichenen Kaufpreisforderungen gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG einzustehen. Unerheblich ist, daß der Beklagte als Geschäftsführer die Waren nicht persönlich bestellt hat. Er hat dadurch für die Gesellschaft gehandelt, daß er am 18. Mai 1978 gemeinsam mit K gegenüber der Klägerin den Handlungsgehilfen Ka bevollmächtigte und den nur gemeinschaftlich mit einem Geschäftsführer zur Vertretung berechtigten Prokuristen K ermächtigte, im Namen der Gesellschaft als einzelne Geschäfte mit der Klägerin abzuschließen (BGHZ 53, 206). Auf den Bestellungen dieser beiden beruhen die Verpflichtungen.

Der Beklagte räumt ein, insoweit seine Haftung gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG begründet zu haben. Er ist nur zu Unrecht der Meinung, nach der Rechtsprechung des Senats

(BGHZ 80, 182) sei die Haftung mit der Eintragung der C-Service-GmbH ins Handelsregister am 3. Juli 1979 erloschen. Der Beklagte übersieht hierbei, daß die eingetragene Gesellschaft mit der am 6. April 1978 gegründeten nicht identisch, sondern auf Grund des Gesellschaftsvertrages vom 1. November 1978 neu entstanden war. Eine nur den Gesellschafterbestand betreffende, die Identität der Gesellschaft aber wahrende Änderung hätte vorausgesetzt, daß der Beklagte sich am 1. November 1978 als ausscheidender Gesellschafter am Vertragsschluß beteiligte (BGHZ 21, 242, 246; 29, 300). Das ist nicht geschehen. In anderer Weise, insbesondere durch einseitigen formlosen Austritt, konnte der Beklagte sich aus einer als Vor-GmbH fortbestehenden Gesellschaft nicht lösen. Die Gesellschafter haben deshalb, als sie ohne den Beklagten am 1. November 1978 in der Form des § 2 GmbHG einen weiteren Gründungsvertrag abschlossen, eine neue Gesellschaft errichtet.

Da der Beklagte an dieser Gesellschaft nicht mehr beteiligt war und die alte Gesellschaft niemals in das Handelsregister eingetragen worden ist, kommt ihm die haftungsbefreiende Wirkung der Eintragung vom 3. Juli 1979, die durch den Übergang der Verbindlichkeiten auf die als Rechtsperson entstandene GmbH in Verbindung mit der Haftung ihrer Gesellschafter für Kapitalausfälle infolge von Vorbelastungen durch vorzeitige Geschäftsaufnahme bedingt ist (BGHZ 80, 182, 184), nicht zugute. Er haftet der Klägerin daher mindestens für die noch offenen Beträge ihrer ersten drei Rechnungen in Höhe von (55,55 + 33,83 + 1.034,21 =) 1.123,59 DM. Dabei geht der Senat nach dem bisher vorgetragenen Sachverhalt davon aus, daß die

Klägerin die Teilzahlung vom 25. September 1979 in Höhe von 400 DM zunächst auf diejenigen Zinsen zuzüglich Mehrwertsteuer verrechnet hat, die auf jene ältesten Rechnungsbeträge entfallen (vgl. Klageschrift S. 6, 8).

II. Die Revision hat dagegen Erfolg, soweit sie die in der Zeit vom 4. Dezember 1978 bis 15. Januar 1979 in Rechnung gestellten Forderungen betrifft. Ob der Beklagte auch insoweit haftet, läßt sich auf Grund der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

1. Der Beklagte ist weder Gesellschafter noch Geschäftsführer der den Geschäftsbetrieb der alten fortführenden, am 1. November 1978 gegründeten neuen Gesellschaft geworden, so daß er für deren Verbindlichkeiten nicht einzustehen hat. Diese Gesellschaft schuldet die Kaufpreise für die nach dem 1. November 1978 bestellten Waren. Die Kaufverträge sind in der Weise zustandegekommen, daß Ka[REDACTED] und K[REDACTED] von diesem Zeitpunkt ab mit Vertretungsmacht für die neue Gesellschaft unternehmensbezogen auftraten und die Klägerin mit dem Inhaber dieses Unternehmens abschließen wollte. Diese Verbindlichkeiten sind am 3. Juli 1979 mit der Eintragung ins Handelsregister auf die GmbH übergegangen, ohne daß es auf die Zeitspanne zwischen Gründung und Eintragung ankäme (BGHZ 80, 129).

2. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu Unrecht allein auf Grund der am 18. Mai 1978 im Kunden-Neuaufnahmeantrag erteilten Vollmacht für alle Bestellungen gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG haften lassen. Für diese Haftung ist nicht allein entscheidend, wer die Vollmacht irgendwann

einmal erteilt hat, sondern wer als Geschäftsführer jeweils durch die Bevollmächtigung für die Gesellschaft handelt. Wechselt die Geschäftsführung, so wechseln auch die Haftenden selbst dann, wenn die Gesellschaft tatsächlich weiterhin so vertreten wird, wie es auf Grund der ursprünglich erteilten Vollmacht bislang der Fall gewesen war. Hiernach haftet der Beklagte von vornherein nicht für die Verbindlichkeiten der zweiten Gesellschaft. Dasselbe gilt aber für die der ersten (Vor-) Gesellschaft, falls der Beklagte als deren Geschäftsführer abgelöst und das Unternehmen von einem anderen bis zum 1. November 1978 fortgeführt worden sein sollte. Für die während dieser Zeit geschaffenen Verbindlichkeiten hätte der Beklagte nicht als Handelnder, sondern nur als Gesellschafter einzustehen.

3. Dem Sachverhalt läßt sich nicht entnehmen, ob alle ab 4. Dezember 1978 in Rechnung gestellten Lieferungen nach dem 1. November 1978 von der neuen oder teilweise vor diesem Zeitpunkt noch von der ersten Gesellschaft mit der Folge bestellt worden sind, daß der Beklagte - zumindest als Gesellschafter - für sie zu haften hätte. Damit die Parteien Gelegenheit haben, ihren Vortrag zu ergänzen, und das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen treffen kann, wird die Sache insoweit zurückverwiesen.

III. Die Parteien erhalten dadurch zugleich die Möglichkeit zu der in der Berufsbeantwortung der Klägerin zwar angeklungenen, aber nicht weiter vertieften Frage einer Rechtsscheinhaftung der ersten Gesellschaft Stellung zu nehmen. Diese Gesellschaft hätte, da die zweite Gesellschaft

den Geschäftsbetrieb ab 1. November 1978 unter derselben Firma fortgeführt hat, zur Vermeidung einer Irreführung des Rechtsverkehrs den Geschäftsübergang in geeigneter Weise bekanntgeben müssen, soweit sie bei pflichtgemäßer Sorgfalt mit einer solchen Irreführung rechnen konnte. Hat sie das nicht getan, wird es darauf ankommen, ob die Klägerin die erste Gesellschaft auch nach dem 1. November 1978 für die Trägerin des Unternehmens gehalten hat und die Bestellungen nicht ausgeführt hätte, wenn ihr bekannt gewesen wäre, daß die zweite Gesellschaft an deren Stelle getreten war. Denn der Rechtsschein, die erste Gesellschaft trage das Unternehmen nach wie vor, müßte für das Handeln der Klägerin ursächlich geworden sein (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 1966 - VIII ZR 90/64, WM 1966, 970). Wäre die Ursächlichkeit zu bejahen, würde der Beklagte als Mitglied der ersten Vorgesellschaft mindestens in Höhe seiner noch ausstehenden Einlage nach Rechtsscheingrundsätzen auch für die nach dem 1. November 1978 begründeten Verbindlichkeiten haften. Diese Gesellschafterhaftung wäre

sogar unbeschränkt, falls die Gesellschaft den Geschäftsbetrieb, nachdem am 6. Juli 1978 der Eintragungsantrag zurückgenommen worden war, nicht stillgelegt, sondern in der bisherigen Weise bis zur Übertragung auf die neue Gesellschaft fortgesetzt hat (vgl. BGHZ 80, 129, 142). Das Berufungsgericht wird auch zu der Frage Stellung nehmen müssen, ob der Beklagte Mehrwertsteuern auf Verzugszinsen zu ersetzen hat (vgl. OLG Frankfurt ZIP 1982, 1454).

Fleck

Dr. Schulze

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Brandes