
Datum: 30.03.2007
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 30. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 30 U 142/06
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2007:0330.30U142.06.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 16 O 328/04

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten zu 1) wird das am 27. Juni 2006 verkündete Teil-Urteil der Einzelrichterin der 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Klage gegen den Beklagten zu 1) wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Vollstreckung wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte zu 1) vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Gründe

I.

1

2

3

Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der I2 GmbH & Co. KG. Er macht, soweit die Klage in der Berufungsinstanz anhängig ist, Ansprüche einer Insolvenzgläubigerin aus dem Mietverhältnis über Gewerberäume zum Betrieb eines Kinokomplexes im H1 in C4 gegen den Beklagten zu 1) persönlich als ehemaligen Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin geltend.

Mit Vertrag vom 04.07.1994 vermietete H mbH & Co. KG der K & T5 OHG Gewerberäume im sog. Shopbereich des H1 in C4 mit einer Gesamtfläche von 3.640 m² zum Betrieb eines Kinokomplexes mit 6 Kinos. Der monatliche Mietzins einschließlich Nebenkostenvorauszahlung und Umsatzsteuer betrug im streitgegenständlichen Zeitraum seit dem 01.06.2002 unstreitig 53.705,65 €.

Der Beklagte zu 1) und seine Mutter, die Beklagte zu 2), waren an einer Vielzahl von Unternehmen beteiligt, die herkömmliche Filmtheater und sog. Multiplex-Kinos betrieben. Mitte 1998 gehörten der U/D-Gruppe mehr als 40 Gesellschaften an, die mit dem Betrieb der Kinos, der Kinowerbung und der Verwaltung des Immobilienbesitzes befasst waren. Die Unternehmensgruppe sollte zu diesem Zeitpunkt schrittweise neu strukturiert werden. Ziel der Umgestaltung war neben der Vereinfachung der gesellschaftsrechtlichen Struktur die Trennung des Immobilienbesitzes von den Bereichen Kinobetrieb und Kinowerbung, für die über Investoren neues Kapital gewonnen werden sollte.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 18.09.1998 (Anl. K 6) gründeten der Beklagte zu 1) und die U AG, vertreten durch deren alleinvertretungsberechtigten Vorstand Dr. I7, die I2 OHG (im Folgenden: U OHG). An dem Ergebnis und Vermögen der OHG waren der Beklagte zu 1) mit 60 % und die U AG mit 40 % beteiligt. Die Gesellschaft wurde, nachdem ein entsprechender Antrag bereits am 10.09.1998 beurkundet worden war (Anl. K 3), am 14.10.1998 im Handelsregister des Amtsgerichts Warendorf (HRA #####) eingetragen (Anl. K 4).

Am 30.09.1998 schlossen der Beklagte zu 1), die U AG, deren Vorstand Dr. I7 sowie die als Kooperationspartner gewonnenen Investorengruppen ("C3"; "D4"; "D5") vor dem Notar Dr. H3 aus Y1 einen Beteiligungsvertrag, der die Verpflichtung der U und anderer Gesellschaften der U/D-Gruppe zur Einbringung von rechtlich unselbständigen Kinos, Beteiligungen an Kinobetriebsgesellschaften und Beteiligungen an Werbegesellschaften per 01.01.1999 in die U OHG sowie die nachfolgende Einbringung der OHG-Anteile zum 01.02.1999 in die U GmbH (Investoren-Holding) gegen Gewährung von GmbH-Anteilen regelt. Dazu sollten die Kinobetriebe schrittweise auf die U GmbH übertragen werden. In einem ersten Schritt sollte die C GmbH, die später als W2 GmbH firmierte, in die OHG eintreten und deren Geschäfte führen. In Ziffer 4 ("Beteiligung der U GmbH an der U OHG") heißt es sodann:

"Nach Beitritt der C GmbH wird die U OHG bis zum 01.01.1999 in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt, deren alleiniger Komplementär die C GmbH ist."

Mit Gesellschafterbeschluss vom 27.11.1998 erhöhte die U OHG unter Bezugnahme auf die im Beteiligungsvertrag vom 30.09.1998 übernommenen Verpflichtungen ihr Festkapital auf 15 Mio. DM. Die Kapitalerhöhung sollte zum Einen durch Abtretung von Gesellschaftsanteilen an Kinobetriebs- und Kinowerbegesellschaften der U-Unternehmensgruppe und zum Anderen durch den Erwerb von Wirtschaftsgütern (kinotechnische Einrichtung) im Umfang von 60 Mio. DM erfolgen. Am 04.12.1998 vollzog die U OHG die Einbringung der vorgenannten Sacheinlagen durch notariellen Einbringungs- und Übertragungsvertrag (#####/#####Notar Dr. H3, Y) mit den Beklagten zu 1), 3) und 4) sowie den weiteren zur Kapitalerhöhung zugelassenen Gesellschaften der U/D-Gruppe. Nach der Präambel des 59seitigen Vertrages soll die Übertragung der Gesellschaftsanteile sowie der Kinobetriebe jeweils gegen die

Gewährung neuer Gesellschaftsrechte an der I3 OHG erfolgen. Nach Abschluss des Vertrages sei geplant, die I3 OHG in eine GmbH & Co. KG umzuwandeln. Dementsprechend war für die einzelnen eintretenden Gesellschaften die Übertragung der Kinobetriebe auf die OHG gegen die Gewährung neuer Gesellschaftsrechte mit Wirkung zum 31.12.1998, 23:59 Uhr, geregelt.

Mit einer auf den 14.12.1998 datierten Urkunde, von der der Kläger bestreitet, dass es ein Original zu der vorgelegten Kopie (Anl. K 8) gebe, vereinbarten der Beklagte zu 1), die U AG und die C3 mbH (künftig: W mbH) den Eintritt der C3 GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin mit Wirkung zum 15.12.1998. Gleichzeitig scheiden der Beklagte zu 1) und die U AG danach als persönlich haftende Gesellschafter aus und treten der Gesellschaft als Kommanditisten mit einem Anteil von 600,- DM bzw. 400 DM bei. Die Firma der Gesellschaft laute jetzt "I2 GmbH & Co. KG". Die vorgenannten Änderungen sind auch in einer auf den 10.12.1998 datierten Handelsregisteranmeldung durch den Notar Dr. H4 aus E enthalten. Der Wechsel des Beklagten zu 1) in die Kommanditistenstellung sowie die weiteren vorgenannten Änderungen sind am 04.03.1999 in das Handelsregister bei dem Amtsgericht Warendorf eingetragen worden. 10

Die K & T5 OHG, vertreten durch den Zeugen L3, teilte der H mbH & Co. KG mit Schreiben vom 16.12.1998 (Anl. K 10) mit, dass es gelungen sei, zwei Investmentgesellschaften (C3- Partners aus N und D5 aus G) von den wirtschaftlichen Perspektiven der U- Unternehmensgruppe zu überzeugen. Diese würden sich mit insgesamt 20 % am Filmtheatergeschäft und an der Kinowerbung beteiligen. Die dadurch erreichte Verstärkung gehe mit der Gründung einer neuen Gesellschaft einher, die mit einem Grundkapital in Höhe von insgesamt 100 Mio. DM ausgestattet sei. So gestärkt werde die neue Gesellschaft, die unter "I2 GmbH & Co. KG" firmieren werde, am 01.01.1999 ihre Tätigkeit aufnehmen. Aus dieser Gesellschaft solle spätestens Anfang 2000 die U GmbH hervorgehen, die in einem weiteren Schritt in eine Aktiengesellschaft umgewandelt werden solle. Das bestehende Mietverhältnisses solle mit all seinen Rechten und Pflichten auf die U GmbH & Co. KG übergehen. Es werde daher höflich gebeten, der Übertragung des Mietvertragsverhältnisses unter gleichzeitiger Entlassung der bisherigen Mieterin aus dem Mietverhältnis zuzustimmen (Vertragsübernahme). H mbH & Co. KG sandte die Zweitschrift des vorgenannten Schreibens mit dem von ihr unterzeichneten, vorgedruckten Vermerk "Mit dem Inhalt dieses Schreibens erklären wir uns einverstanden" unter dem 04.01.1999 zurück. 11

Die U GmbH & Co KG verlegte ihren Sitz im März 1999 nach I8 (HRA #####1 AG Hamburg). Am 02.09.1999 wurde das Ausscheiden des Beklagten zu 1) und der U AG aus der U GmbH & Co. KG in das Handelsregister eingetragen. 12

Das Amtsgericht Hamburg hat mit Beschluss vom 27.12.2002 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der U GmbH & Co. KG eröffnet und den Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt (67g IN 419/02). In Bezug auf die Komplementär-GmbH der Schuldnerin, die W2-GmbH, lehnte das Amtsgericht Hamburg die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mit Beschluss vom 21.02.2003 mangels Masse ab. Am 13.11.2003 wurde die Löschung der W2-GmbH im Handelsregister eingetragen. 13

Das Amtsgerichts Düsseldorf eröffnete mit Beschluss vom 30.12.2004 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten zu 4) (505 IN 94/04). Mit weiterem Beschluss vom 02.09.2005 ist auch über das Vermögen der Beklagten zu 3) das Insolvenzverfahren eröffnet worden (505 IN 92/04 AG Düsseldorf). 14

Die U GmbH & Co. KG hatte die Miete für die Monate September und Oktober 2002 in Höhe von 104.411,30 € (2 x 53.705,65 €) nicht an H GmbH & Co. KG gezahlt. H GmbH & Co. KG meldete mit Schreiben vom 23.01.2003 insgesamt 108.731,64 €, zusammengesetzt aus zwei rückständigen Mieten zuzüglich Zinsen und Kosten, zur Insolvenztabelle an (Anl. K 13). Der Kläger erkannte die Forderungen vollumfänglich an.

Mit Schreiben vom 26.04.2004 (Anl. K 31) teilte der Kläger der H GmbH & Co. KG mit, dass der Kinobetrieb zum 30.04.2004 eingestellt werde. Im Folgenden einigte er sich mit der Vermieterin darauf, dass diese das Inventar zum gutachterlich festgestellten Liquidationswert in Höhe von 34.820,- € zzgl. USt. übernimmt. Der Kläger lässt sich nach Abzug der Feststellungskosten davon einen Betrag von 33.204,35 € auf die Miete für September 2002 anrechnen. Insoweit hat er den Rechtsstreit für erledigt erklärt. 16

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass der Beklagte zu 1) nach §§ 128, 160 HGB für die streitgegenständlichen Insolvenzforderungen der H GmbH & Co. KG aus dem Zeitraum bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens persönlich hafte. Seine Haftung betreffe alle Ansprüche, die bis zur Eintragung des Wechsels in die Kommanditistenstellung entstanden seien. Für eine analoge Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB, auf die sich der Beklagte berufe, sei mangels Regelungslücke kein Raum. Der Gesetzgeber habe den Nachhaftungsfall beim Wechsel eines Komplementärs in die Kommanditistenstellung in Kenntnis der bestehenden Wertungsproblematik gesehen und in § 160 Abs. 3 HGB abschließend geregelt. Der Wortlaut des § 160 Abs. 3 HGB, der alle bis zur Eintragung des Wechsels in die Kommanditistenstellung im Handelsregister entstandenen Verbindlichkeiten erfasse, sei eindeutig. Auf die Frage, ob diese Norm lediglich eine Begrenzung der Nachhaftung bezwecke, komme es daher nicht an. Bezeichnend sei insoweit, dass die seitens des Beklagten befürwortete Einschränkung der Haftung gegenüber Gläubigern, die vom Wechsel des Vollhafters in einen beschränkt haftenden Status gewusst hätten, in der gesamten Literatur seit Inkrafttreten des § 160 HGB n.F. abgesehen von dem jetzt von den Beklagten vorgelegten Auftragsgutachten nicht vertreten worden sei. Selbst wenn man § 176 Abs. 2 HGB anwende, bestehe die persönliche Haftung des Beklagten zu 1), weil der vom ihm zu beweisende Ausnahmetatbestand einer fehlenden Kenntnis der H GmbH & Co. KG von einem eventuellen Wechsel in die Kommanditistenstellung nicht vorliege. Zumindest könne der Beklagte zu 1) sich auch deshalb nicht darauf berufen, weil der Vermieterin im Schreiben vom 16.12.1998 wahrheitswidrig mitgeteilt worden sei, das die neue Gesellschaft über ein Grundkapital von 100 Mio. DM verfüge. Daraus folge im Übrigen eine Haftung wegen Bekanntmachung einer überhöhten Haftsumme nach § 171 Abs. 2 HGB. Dass die Schuldnerin durch die in Kopie vorgelegte "Vereinbarung" vom 14.12.1998 überhaupt wirksam in eine KG umgewandelt worden sei, werde vorsorglich bestritten. Trotz intensiver Suche habe das Original eines solchen Dokuments bei der Schuldnerin nicht aufgefunden werden können. Zudem sei die Rechtswirksamkeit einer solchen Vereinbarung – so die Auffassung des Klägers – zweifelhaft, da die bereits mit Vertrag vom 04.12.1998 in die Gesellschaft eingetretenen weiteren Gesellschafter nicht beteiligt worden seien. 17

Der Kläger hat zunächst gegen insgesamt 7 Beklagte Klage beim Landgericht Berlin eingereicht (12 O 156/04 LG Berlin). Mit Beschluss vom 14.05.2004 hat das Landgericht Berlin die Klage, soweit sie die Beklagten zu 1) bis 4) betrifft, an das Landgericht Münster verwiesen. Der Kläger hat von den Beklagten als Gesamtschuldner – neben den vor dem Landgericht Düsseldorf gesondert in Anspruch genommenen U AG, N3 & K GmbH und I GmbH – zunächst Zahlung in Höhe von 108.731,64 € nebst Zinsen begehrt, und zwar Zug um Zug gegen Rückabtretung sämtlicher möglicher Schadensersatzansprüche und sonstiger Ansprüche (z.B. auf Honorarrückzahlung) der Beklagten zu 1) und 4) gegen deren Berater, 18

insbesondere die Streitverkündeten zu 1) und 2) sowie den Notar Dr. H3 aus Y wegen fehlerhafter Beratung, Bewertung und sonstiger Mitwirkung bei der Gründung der I3 OHG und deren Umwandlung in eine GmbH & Co. KG. Nach Verwertung des Inventars hat der Kläger den Rechtsstreit in Höhe von 33.204,35 € einseitig – für erledigt erklärt.

Die Beklagten und die Streithelfer haben beantragt, die Klage abzuweisen.

19

Der Beklagte zu 1) hat unter Bezugnahme auf das von ihm eingeholte Rechtsgutachten der Professoren I6 und J (Anl. B 9) die Auffassung vertreten, dass er nicht persönlich nach §§ 128, 160 HGB hafte, weil auf den hier vorliegenden Wechsel von der Komplementär- in die Kommanditistenstellung § 176 Abs. 2 HGB analog anzuwenden sei. Hilfsweise werde daran festgehalten, dass sich § 160 Abs. 3 HGB entgegen seinem Wortlaut von vornherein nur auf Verbindlichkeiten beziehe, die bis zum tatsächlichen Wechsel in die Kommanditistenstellung entstanden seien. Durch das Schreiben der K & T5 OHG vom 16.12.1998 habe H GmbH & Co. KG Kenntnis davon gehabt, dass der Beklagte zu 1) kein persönlich haftender Gesellschafter der Insolvenzschuldnerin mehr gewesen sei, weil diese bereits als GmbH & Co. KG firmiert habe. Ein Vertrag mit der I5 OHG sei zu keinem Zeitpunkt geschlossen worden. Bei Eintritt in den Mietvertrag sei der Beklagte zu 1) kein Vollhafter mehr gewesen. Zudem hätte H GmbH & Co. KG durch Unterzeichnung der Übernahmevereinbarung vom 04.01.1999 darauf verzichtet, den Beklagten zu 1) und die U AG als weitere Gründungsgesellschafter der U OHG jemals als persönlich haftende Gesellschafter in Anspruch zu nehmen.

20

Die Einzelrichterin der 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster hat der gegen den Beklagten zu 1) gerichteten Klage durch Teil-Urteil vom 27.06.2006 stattgegeben. Gegenüber der Beklagten zu 2) bis 4) sei das Verfahren gemäss § 240 ZPO bei der Beklagten zu 2) in Verbindung mit des § 17 Abs. 1 AnfG analog unterbrochen. Der Beklagte zu 1) hafte nach § 93 InsO i.V.m. §§ 128, 160 HGB persönlich für die angefallenen Mietzinsforderungen. Ob er aufgrund des streitigen Vertrages vom 14.12.1998 in die Kommanditistenstellung gewechselt sei, könne dahin stehen, weil dies jedenfalls erst am 04.03.2003 im Handelsregister eingetragen worden sei, was nach § 160 Abs. 3 HGB für seine Haftung maßgeblich sei. Der Mietvertrag sei bereits zuvor, am 04.01.1999, übernommen worden. Die zu diesem Zeitpunkt bestehende Haftung führe bei einem Mietvertrag in den zeitlichen Grenzen des § 160 HGB zu einer Forthaftung auch für laufende Teilverbindlichkeiten aus dem Dauerschuldverhältnis. Es reiche insoweit aus, dass die Schuldübernahme vor dem nach § 160 Abs. 3 HGB maßgeblichen Stichtag – der Eintragung der Änderung im Handelsregister erfolgt sei. Für eine analoge Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB sehe das Gericht keine Basis. Die Haftung des Komplementäres, der in die Kommanditistenstellung wechsele, sei in §§ 128, 160 HGB abschließend geregelt, so dass es an einer ungeplanten Regelungslücke fehle. Zudem würde es ansonsten zu einer ungerechtfertigten Besserstellung gegenüber dem ausscheidenden Komplementär kommen. Die Klage sei auf dieser Grundlage ursprünglich in Höhe von 108.731,64 € begründet gewesen und habe sich nach Übernahme des Inventars durch die Vermieterin in Höhe von 33.204,35 € erledigt. Die Zahlungsklage bleibe daher in Höhe von 75.527,29 € begründet. Im Übrigen sei antragsgemäss die Erledigung des Rechtsstreits festzustellen gewesen.

21

Der Beklagte zu 1) wendet sich mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil. Er bezieht sich auf seinen erstinstanzlichen Vortrag und macht insbesondere geltend, dass seine Haftung entgegen der Auffassung des Landgerichts analog § 176 Abs. 2 HGB beschränkt sei. Aus den im Einzelnen im dazu vorgelegten Rechtsgutachten der Professoren I6 und J aufgeführten Gründen sei diese

22

Vorschrift auf den Wechsel des Komplementärs in die Kommanditistenstellung anzuwenden. Eine Haftung scheide danach aus, weil die Vermieterin allein aufgrund der Firmierung der Insolvenzschuldnerin als U GmbH & Co. KG Kenntnis davon gehabt haben müsse, dass als Komplementärin nur eine GmbH zur Verfügung stehe.

Die in erster Instanz und im Parallelverfahren 30 U 13/06 verfolgten Anträge auf Aussetzung des Verfahrens und Feststellung, dass das Verfahren unterbrochen sei, hat der Beklagte zu 1) für das vorliegende Verfahren mit Schriftsatz vom 23.02.2007 zurück genommen. 23

Der Beklagte zu 1) beantragt, 24

das Urteil des Landgerichts Münster vom 23.11.2005 (16 O 259/04) abzuändern und die Klage gegen den Beklagten zu 1) abzuweisen. 25

Der Kläger beantragt, 26

die Berufung zurückzuweisen. 27

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil gegen die Angriffe der Berufung unter Bezugnahme auf seinen erstinstanzlichen Vortrag. Eine analoge Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB zugunsten des Beklagten komme aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht in Betracht. Insoweit sei es unerheblich, ob § 160 HGB eine eigene Anspruchsgrundlage bilde oder lediglich die aus § 128 HGB folgende Haftung zeitlich begrenze. Die Haftung nach §§ 128, 160 Abs. 3 HGB betreffe jedenfalls sämtliche Verbindlichkeiten, die bis zur Eintragung des Wechsels in die Kommanditistenstellung begründet worden seien. Die streitgegenständlichen mieterrechtlichen Verbindlichkeiten seien unstreitig vor dem nach § 160 Abs. 3 HGB maßgeblichen Stichtag der Eintragung "begründet" worden. Vor diesem Hintergrund komme einer etwaigen Kenntnis der Vermieterin (H GmbH & Co. KG) von einem eventuellen Wechsel des Beklagten zu 1) in die Kommanditistenstellung keine Bedeutung zu. Eine Umwandlung der OHG in eine GmbH & Co. KG sei zudem aus den bereits in erster Instanz dargestellten Gründen nicht wirksam erfolgt. Dass die Gesellschaft dennoch im Schreiben vom 16.12.1998 so bezeichnet worden sei, ändere daran nichts. 28

Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle vom 12.01.2007 und 30.03.2007 Bezug genommen. 29

II. 30

Die zulässige Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Die in der Berufungsinstanz allein anhängige Klage gegenüber dem Beklagten zu 1) ist unbegründet. Der Kläger kann Ansprüche aus einer persönlichen Gesellschafterhaftung des Beklagten zu 1) nicht mit Erfolg über § 93 InsO geltend machen. 31

Die streitgegenständlichen Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin aus einem Mietverhältnis mit der H GmbH & Co. KG betreffend den Kinobetrieb im H1 in C4 sind zwar gegeben (A). Der Beklagte zu 1) haftet für diese Gesellschaftsverbindlichkeiten aber nicht persönlich (B). 32

A) 33

Die Verbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin (U GmbH & Co. KG) sind durch Abschluss des Mietvertrages mit der H GmbH & Co. KG im Wege der Vertragsübernahme im Januar 34

1999 begründet worden. Die Vertragsübernahme ist keine Kombination aus Abtretung und Schuldübernahme, sondern ein einheitliches Rechtsgeschäft. Sie bedarf der Zustimmung aller Beteiligten und kann als dreiseitiger Vertrag oder durch Vertrag zwischen zwei Beteiligten mit Genehmigung des Dritten geschlossen werden (vgl. BGH NJW-RR 2005, 958, 959; NJW 2003, 2158; NJW 1986, 2916). Dabei kann nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit der Eintritt des neuen Mieters in den Vertrag auch dadurch erfolgen, dass der Neumieter einen Vertrag zwischen Vermieter und Altmmieter genehmigt (BGH NJW-RR 2005, 958, 959; NJW 1979, 369; NJW 1986, 2916). Die bisherige Mieterin (K und T5 OHG) hat hier mit der Vermieterin (H mbH & Co. KG) ausweislich des als Anlage K 10 vorgelegten Schriftverkehrs (Schreiben v. 16.12.1998) den Vertragsübergang auf die "U GmbH & Co. KG" vereinbart. Sie ist dabei zugleich, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, im Namen der "neuen" Mieterin aufgetreten. Mit Zugang der Gegenzeichnung vom 04.01.1999 ist die Vertragsübernahme wirksam zustande gekommen. Die zur Tabelle festgestellten Mietrückstände hat der Beklagte zu 1) nicht substantiiert bestritten. Erfüllungstatbestände hat er nicht dargelegt. Die Darlegungs- und Beweislast für Einwendungen gegen die Gesellschaftsschuld ändert sich bei der persönlichen Inanspruchnahme des Gesellschafters indes nicht (vgl. § 129 Abs. 1 HGB).

B) 35

Der Beklagte haftet für die danach begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft entgegen der Auffassung des Klägers weder aus § 128 S. 1 HGB (I) noch aus der offenbar als *Einheit* betrachteten – Regelung der §§ 128 S. 1, 160 Abs. 3 HGB (II). Genauso wenig kann sich die Frage einer persönlichen Haftung – entgegen dem seitens des Beklagten vorgelegten Rechtsgutachten – in Analogie zu § 176 Abs. 2 HGB beantworten (III). Rechtlicher Anknüpfungspunkt einer persönlichen Haftung des Beklagten zu 1) kann vielmehr allein § 128 S.1 HGB i.V.m. § 15 Abs. 1 HGB sein. Die tatsächlichen Voraussetzungen eines nach § 15 Abs. 1 HGB geschützten Vertrauens in die negative Publizität des Handelsregisters liegen indes nicht vor (IV). Auch eine Haftung in analoger Anwendung des § 171 Abs. 2 HGB, auf die der Kläger sich hilfsweise stützt, ist nicht gegeben (V). 36

I) 37

Eine Haftung des Beklagten zu 1) kann nicht allein aus § 128 S. 1 HGB begründet werden. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Vertragsübernahme (1) war der Beklagte nicht mehr persönlich haftender Gesellschafter einer OHG (2). 38

1) 39

Der Tatbestand der persönlichen Gesellschafterhaftung nach § 128 S. 1 HGB setzt die Gesellschafterstellung im Zeitpunkt der Begründung der Verbindlichkeit der Gesellschaft, für die haftet werden soll, voraus. Nach einhelliger Auffassung kann § 128 S. 1 HGB die Haftung daher nicht mehr begründen, sobald die Stellung als Gesellschafter einer OHG oder Komplementär einer KG (§§ 161 Abs. 2, 128 S. 1 HGB) entfallen ist (vgl. nur Staub/Habersack, HGB, 4. Aufl. 1998-2004, § 128, Rn. 54 f.; MünchKomm/K.Schmidt, HGB, 2. Aufl. 2006, § 128, Rn. 40 f.). Das gilt nicht nur beim Ausscheiden aus der Gesellschaft, sondern genauso in allen dem Ausscheiden gleichgestellten Fällen, insbesondere der Anteilsumwandlung der Komplementär- in eine Kommanditbeteiligung (MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O., Rn. 44; Staub/Habersack, a.a.O., Rn. 57). Der Wechsel in den Kommanditistenstatus wird unmittelbar mit deren gesellschaftsrechtlichem Vollzug (Änderung des Gesellschaftsvertrages) wirksam. Die Eintragung im Handelsregister wirkt nur *deklaratorisch* (allg. M.; vgl. nur MünchKomm/K. Schmidt, HGB, 2. Aufl. 2006, § 160, Rn. 43; 40

§ 128, Rn. 48; Staub/Habersack, HGB, 4. Aufl., § 128, Rn. 57, 61; Staub/Schilling, a.a.O., § 173, Rn. 18; Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl., § 143, Rn. 5). Mit dem Wechsel ist eine der beiden wesentlichen Voraussetzungen für das Haftungsstatut des § 128 S. 1 HGB ("Gesellschafter") entfallen. Eine Haftung ergibt sich dann nur, wenn der Wegfall dieses Tatbestandsmerkmals dem Gegner nicht entgegengehalten werden kann. Das kann sich bis zur Eintragung der Umwandlung der Mitgliedschaft des OHG-Gesellschafters in diejenige eines Kommanditisten aus § 15 Abs. 1 HGB ergeben (s.u. IV; vgl. Staub/Habersack, a.a.O., § 128, Rn. 57; § 160, Rn. 13; MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O., § 160, Rn. 43; § 128, Rn. 44; Koller/Roth/Morck, HGB, 5. Aufl. 2005, § 128, Rn. 13).

2) 41

Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Begründung der Gesellschaftsschuld durch Eintritt in den Mietvertrag im Januar 1999 war der Beklagte zu 1) nicht mehr persönlich haftender Gesellschafter einer OHG. Die Insolvenzschriftschuldnerin war vielmehr bereits wirksam unter Zurücktreten des Beklagten in die Kommanditistenstellung zu einer KG geworden. 42

Der Beklagte zu 1) war aufgrund des Gesellschaftsvertrages vom 18.09.1998 Gesellschafter der I2 OHG. Seine Gesellschafterstellung ist am 14.10.1998 in das Handelsregister (AG Warendorf) eingetragen worden. Nach der als Anlage K 8 vorliegenden Vereinbarung vom 14.12.1998 haben die OHG-Gesellschafter [Bekl. zu 1) und U AG] sowie die C mbH die Aufnahme der vorgenannten GmbH als Komplementärin und den Wechsel der bisherigen Gesellschafter in die Rechtsstellung von Kommanditisten, jeweils mit Wirkung zum 15.12.1998, beschlossen. Die damit verbundene Änderung des Gesellschaftsvertrages, insbesondere also das Zurücktreten des Beklagten zu 1) in die Kommanditistenstellung, wird gesellschaftsrechtlich unmittelbar mit Abschluss der entsprechenden Vereinbarung der Gesellschafter wirksam. Die Eintragung (§ 162 Abs. 3 HGB), die erst am 04.03.1999 erfolgte, ist für das Wirksamwerden des Wechsels nicht erforderlich. 43

Die gegenüber dem Wechsel des Beklagten zu 1) in die Kommanditistenstellung vorgebrachten tatsächlichen (1) und rechtlichen (2) Einwände greifen nicht durch. 44

(1) Der Senat kann feststellen, dass die vom Kläger bestrittene Vereinbarung vom 14.12.1998 tatsächlich mit dem Inhalt der dazu – allerdings lediglich als Kopie – vorgelegten Urkunde (Anl. K 8) zwischen den Gesellschaftern der I3 OHG und der C2 mbH zustande gekommen ist. 45

(a) Der Beklagte konnte eine Originalurkunde, die sich bei der Insolvenzschriftschuldnerin befinden müsse, zwar nicht vorlegen. Die Änderung des Gesellschaftsvertrages ist allerdings grundsätzlich formfrei und auch stillschweigend möglich (vgl. etwa Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 105, Rn. 62; MünchKomm/K. Schmidt, HGB, 2. Aufl. 2006, § 105, Rn. 161). An einem dem Inhalt der Urkunde K 8 entsprechenden Willen der Gesellschafter und einem zumindest stillschweigenden Abschluss der Vertragsänderung besteht kein Zweifel. Das folgt bereits aus dem ab Mitte Dezember 1998 erfolgten Auftreten als "GmbH & Co. KG", etwa in dem Schreiben vom 16.12.1998 an die Vermieterin (Anl. K 10). Ob die im OHG-Gesellschaftsvertrag enthaltene (doppelte) Schriftformklausel durch den übereinstimmenden Vertragswillen durchbrochen werden könnte, kann letztlich dahin stehen, weil sich der streitige Beteiligungswechsel auch aus anderen Gründen feststellen lässt. Daher konnte auch eine Beweisaufnahme durch Vernehmung der zur Unterzeichnung der in Kopie vorgelegten Vereinbarung vom 14.12.1998 angebotenen Zeugen Dr. I7, L3 und X1 unterbleiben. 46

(b) Nach der zu den Akten gereichten vollständigen Kopie der Handelsregister-Akte (Anl. B 24) ist der Wechsel in der Beteiligung des Beklagten zu 1) im Dezember 1998 zum Handelsregister angemeldet worden. Die dazu vorliegende Urkunde datiert vom 10.12.1998 und stimmt inhaltlich vollständig mit der Vereinbarung vom 14.12.1998 überein. Sie ist auch von den gleichen Beteiligten unterzeichnet worden [RA L3 für die U AG; Bekl. zu 1) persönlich; Bekl. zu 1) sowie Dr. I7 für die Q GmbH]. Die Unterschriften sind gleichfalls unter dem Datum 10.12.1998 – durch den Notar Dr. H4 aus E beglaubigt (Urk.-Nr. #####/#####). Die Handelsregisteranmeldung beinhaltet damit bereits die den Gesellschaftsvertrag ändernde Vereinbarung. Da sie von allen Gesellschaftern unterzeichnet ist, wahrt sie die Schriftform nach § 15 des OHG-Gesellschaftsvertrages (§§ 127, 126 BGB) und genügt bereits für den gesellschaftsrechtlichen Vollzug der Änderung.

Es bedarf insoweit keiner Entscheidung, ob die von allen Gesellschaftern unterzeichnete Anmeldung eine davon gesonderte gesellschaftsvertragliche schriftliche Vereinbarung zu ersetzen vermag. Nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (WM 1976, 448; WM 1984, 1605; NJW-RR 1986, 28, 29) ist die Unterzeichnung einer Handelsregisteranmeldung durch einen Mitgesellschafter im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 242 BGB) regelmäßig dahin zu verstehen, dass der Unterzeichnende das dort Erklärte billige und im Innenverhältnis gelten lassen wolle, es sei denn, aus den Umständen ergäbe sich etwas anderes. Die Unterzeichner der Anmeldung sind damit an deren Inhalt gebunden. Da besondere Umstände, die ausnahmsweise ein Abweichen von diesem Grundsatz zuließen, ersichtlich nicht vorlagen und *alle* Gesellschafter die Anmeldung unterzeichnet haben, ist auf dieser Grundlage bereits am 10.12.1998 eine für alle Gesellschafter über § 242 BGB bindende Abrede zustande gekommen, nach der die C3 GmbH als Komplementärin eintritt und der Beklagte zu 1) Kommanditist wird. Damit ist der gesellschaftsrechtliche Wechsel vollzogen.

48

(2) Der Wirksamkeit der Anteilsumwandlung durch Vereinbarung vom 15.12.1998 steht nicht entgegen, dass die weiteren durch Einbringungs- und Übertragungsvertrag vom 04.12.1998 beigetretenen Gesellschafter nicht daran mitgewirkt haben.

49

(a) Die Umwandlung von Komplementäranteilen in Kommanditanteile, welche die OHG zur KG werden lässt, stellt ein Grundlagengeschäft dar, das den Gesellschaftsvertrag ändert. Für derartige Vertragsänderungen sind alle im Zeitpunkt ihrer Vornahme beteiligten Gesellschafter zuständig (vgl. nur MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O., § 105, Rn. 158). Die Rechtsmacht, den Schuld- und Organisationsvertrag abzuändern, kann ausschließlich aus der Mitgliedschaft folgen, setzt also eine *bereits bestehende* Beteiligung an der Gesellschaft voraus. Die Beklagten zu 3) und 4) sowie die weiteren am Einbringungs- und Übertragungsvertrag vom 04.12.1998 beteiligten Personen und Gesellschaften waren im Zeitpunkt der Vereinbarung vom 14.12.1998 aber noch nicht mitgliedschaftlich an der Gesellschaft beteiligt. Ihr Beitritt war mit einer Zeitbestimmung im Sinne des § 163 BGB versehen und erfolgte erst mit Wirkung zum 31.12.1998, 23:59 Uhr. Die mitgliedschaftliche Befugnis zur Mitwirkung an Vertragsänderungen fehlte ihnen daher. Für die Wirksamkeit der Vereinbarung war ihre Mitwirkung weder nötig noch möglich.

50

(b) Auch aus eventuell vor Beginn der mitgliedschaftlichen Beteiligung als Gesellschafter bereits bestehenden Treuepflichten kann eine Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 14.12.1998 nicht hergeleitet werden.

51

(aa) Vorvertragliche Pflichten zur Rücksichtnahme kommen allerdings bereits vor dem Wirksamwerden des Eintritts in die Gesellschaft in Betracht. Ob die gesellschaftsrechtliche

52

Treuepflicht schon in "Anbahnungsverhältnissen" (so K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2004, § 20 IV 1 b) oder erst mit der Gesellschafterstellung (vgl. Lutter ZHR 153 (1989), 460) denkbar sind, kann insoweit dahin stehen. Dass schuldrechtliche Bindungen auch vor Vertragsschluss – wenn auch gegebenenfalls graduell weniger stark ausgeprägt als die klassische gesellschaftsrechtliche "Treuepflicht" – jedenfalls im Grundsatz bestehen können, folgt bereits aus § 311 Abs. 2 BGB. Zumindest wenn der gesellschaftsrechtliche Beitritt, wie hier, bereits vertraglich vereinbart und lediglich mit einer Zeitbestimmung versehen war, wird man daraus bereits folgende ("Treue-")Bindungen nicht in Abrede stellen können.

(bb) Die Beteiligten der vertragsändernden Vereinbarung vom 14.12.1998 haben evtl. gegenüber den zum 23.12.1998 eingetretenen Gesellschaftern bestehende Treuepflichten aber ersichtlich nicht verletzt. Sie haben sich vielmehr an das gehalten, was im Einbringungs- und Übertragungsvertrag vom 04.12.1998 vorgesehen war. Nach Nr. 4 der Präambel war "*geplant, die I3 OHG nach Abschluss dieses Vertrages in eine GmbH & Co. KG umzuwandeln*". Genau das ist geschehen. Die "Neugesellschafter" haben diesem Vorgehen durch die vorgenannte Vertragsregelung ausdrücklich zugestimmt. Das schließt eine ihnen gegenüber begangene Treuepflichtverletzung aus. 53

(cc) Unabhängig davon könnte eine Treuepflichtverletzung auf der *Rechtsfolgende* nicht zur Unwirksamkeit der Gesellschaftsvertragsänderung vom 14.12.1998 führen, sondern lediglich Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche auslösen (vgl. K. Schmidt, a.a.O., § 20 IV 4). Inhaltlich könnte der Anspruch hier also allenfalls darauf gerichtet sein, den die Treubindung verletzenden Zustand wieder zu *beseitigen*, was aber nicht binnen angemessener Frist (vgl. BGHZ 83, 122) verlangt worden ist. 54

II) 55

Entgegen der Ansicht des Klägers lässt sich eine persönliche Haftung des Beklagten zu 1) nicht – unabhängig von der ggf. nach § 15 HGB oder § 176 HGB maßgeblichen Kenntnislage des Vertragspartners – unter Hinweis auf die Regelung der §§ 128 S.1, 160 Abs. 3 HGB begründen. 56

Der Kläger verweist darauf, dass § 160 Abs. 3 HGB seinem eindeutigen Wortlaut nach die "*Haftung für die im Zeitpunkt der Eintragung der Änderung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten*" regelt. Damit stehe fest, dass die persönliche Haftung bis zur Eintragung (hier: am 04.03.1999) fortbestehe. Jede andere Auslegung müsse von vornherein ausscheiden, weil sie die Wortlautgrenze überschreite. 57

Diese Sichtweise ist indes verfehlt, weil sie Rechtsnatur und Regelungsgegenstand des § 160 HGB nicht berücksichtigt. § 160 HGB beinhaltet lediglich eine *zeitliche Begrenzung* der Nachhaftung (Baumbach/Hopt, § 160, Rn. 1; Röhrich, Graf v. Westfalen/Gerkan, HGB, 2. Aufl. 2001, § 160, Rn. 1). Vor dem Hintergrund, dass das Ausscheiden oder die Umwandlung der Mitgliedschaft in eine Kommanditbeteiligung die *zuvor* nach § 128 S. 1 HGB begründete Haftung für "Altverbindlichkeiten" der Gesellschaft unberührt lässt (BGHZ 55, 267; Ebbnroth/Boujong/Joost, HGB, 1. Aufl. 2001, § 128, Rn. 46), bezweckt § 160 HGB – ausschließlich eine Enthftung nach Ablauf von 5 Jahren (Baumbach/Hopt, a.a.O.; Staub/Habersack, a.a.O., § 160, Rn. 1; MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O., § 160, Rn. 4). Die Forthftung des Gesellschafters wird in § 160 HGB nicht geregelt, sondern vorausgesetzt (Staub/Habersack, a.a.O., MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O., § 160, Rn. 1). Sie folgt ausschließlich und selbstverständlich aus § 128 HGB. Rechtstechnisch stellt § 160 HGB damit eine *rechtsvernichtende Einwendung* dar, die nach Fristablauf zum Erlöschen der persönlichen (Nach)Haftung führt (MünchKomm/K. Schmidt, § 160, Rn. 41; Steinbeck WM 58

1996, 2041, 2043; Reichold NJW 1994, 1617, 1619; Staub/Habersack, § 160, Rn. 1). Die rechtliche Einordnung des § 160 Abs. 3 HGB als Einwendung muss dazu führen, dass ihm für die Prüfung, ob ein Anspruch gegen den Beklagten zu 1) persönlich *entstanden* ist, keinerlei Bedeutung zukommt. Die Norm kann erst auf der nächsten Prüfungsstufe relevant werden, falls die Herleitung des Anspruchs mittels *anspruchsbegründender* Normen gelingt.

Der Wortlaut des § 160 Abs. 3 HGB, auf den der Kläger sich maßgeblich stützt (s.o.), scheint zwar auf den ersten Blick darauf hinzudeuten, dass erst die Eintragung in das Handelsregister die Haftungsbeschränkung herbeiführt. Dieser "Schein" trägt jedoch (so jetzt ausdr. MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O., § 160, Rn. 43) und kann einer an Wortlaut, Systematik, Gesetzesgeschichte und Zweck orientierten Auslegung der Vorschrift, die ihren ausschließlich haftungsbeschränkenden Charakter bestätigt, nicht standhalten. Die von Bormann (NZG 2004, 751) bemühte *"teleologische Reduktion des eindeutigen Wortlauts"* ist daher entbehrlich. 59

(1) Der Wortlaut des § 160 Abs. 3 HGB steht der dogmatischen Einordnung der Norm als Einwendung trotz des o.g. "Anscheins" nicht entgegen, sondern bestätigt sie: 60

Dass dort von *"im Zeitpunkt der Eintragung der Änderung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten"* der Gesellschaft die Rede ist, könnte allenfalls isoliert betrachtet im Sinne der *Feststellung* oder *Begründung* einer Forthaftung bis zu diesem Zeitpunkt verstanden werden. Liest man die Norm vollständig und im Zusammenhang, so hätte ihr ausschließlich haftungsbegrenzender Charakter kaum deutlicher zum Ausdruck kommen können. Die entsprechende Anwendung der Absätze 1 und 2 wird danach *"für die Begrenzung"* des in die Kommanditistenstellung zurück tretenden Gesellschafters angeordnet. Damit wird ausdrücklich eine von Amts wegen zu berücksichtigende Einwendung formuliert, die der Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern nach Fristablauf entgegen halten kann. Die *"bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten"* der Gesellschaft benennen im Text des § 160 Abs. 3 HGB demgegenüber lediglich den Bezugspunkt der Haftungsbegrenzung, d.h. sie definieren den Geltungsbereich, in dem die *Enthaftung* des § 160 HGB eingreift. Die Enthaftungsregel umfasst danach nicht nur die bis zur materiell vollzogenen Umwandlung des Anteils begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sondern schließt die danach bis zur Eintragung im Handelsregister entstandenen Verbindlichkeiten ein. Das ist auch konsequent: Für die in der Zwischenzeit bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten haftet der Gesellschafter im Grundsatz – jedenfalls potenziell nach §§ 128 S. 1, 15 Abs. 1 HGB fort (s. im Einzelnen u.). Würden diese Verbindlichkeiten nicht in den Anwendungsbereich der Enthaftungsregelung einbezogen, hätte das die ersichtlich widersinnige Folge, dass die Haftung für bis zum gesellschaftsrechtlich vollzogenen Wechsel begründete Verbindlichkeiten nach Ablauf der 5-Jahres-Frist erlischt, die – über §§ 128 S. 1, 15 Abs. 1 HGB – begründete Haftung für die zwischen materiellem Wechsel und Eintragung entstandenen Forderungen gegen die Gesellschaft – weil § 160 Abs. 3 HGB sie nicht erfassen würde – aber unbegrenzt fort dauern würde. Es war daher zur Definition dessen, was als "Altverbindlichkeit" von § 160 Abs. 3 HGB erfasst werden soll, erforderlich und angezeigt, *alle* bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten in die Enthaftungsregelung einzubeziehen. Die Haftung in der Zeit zwischen Wechsel und Eintragung wird damit als zumindest über § 15 Abs. 1 HGB möglich – vorausgesetzt, aber keinesfalls begründet. 61

Die ausschließlich haftungsbegrenzende Funktion als rechtsvernichtende Einwendung kommt im Wortlaut darüber hinaus in der amtlichen Überschrift vor §§ 159 f. HGB zum Ausdruck: Der Regelungsgegenstand des § 160 HGB betrifft danach die *"Zeitliche Begrenzung der"* 62

Haftung". Genauso deutlich ist der amtliche Titel des Gesetzes zur Änderung der §§ 159, 160 HGB und der weiteren vergleichbaren Vorschriften [*"Gesetz zur zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung von Gesellschaftern (Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz – NachBG)"* vom 18.03.1994, BGBl. I 1994, 560-562].

(2) Die Gesetzgebungsgeschichte belegt zweifelfrei, dass § 160 HGB lediglich zu einer Begrenzung der Nachhaftung im Sinne einer Einwendung führen, keinesfalls aber die nach allgemeinen Regeln zu begründende Haftung ausweiten sollte. 63

(a) Die Vorgängerregelung in § 159 HGB a.F. hatte nach dem Willen des historischen Gesetzgebers des HGB zwar auch bereits auf eine echte Enthftung abgezielt (vgl. K. Schmidt ZHR 152 (1988), 108 f.; Ulmer/Wiesner ZHR 144 (1980), 398 f.), litt aber aufgrund der Ausgestaltung als reine Verjährungsregelung an einem gravierenden Mangel: Bei Dauerschuldverhältnissen werden die einzelnen Forderungen (monatlicher Mietzins) erst sukzessive fällig, so dass die Verjährung jeweils erst dann zu laufen begann, was bei konsequenter Gesetzesanwendung zu einer "Endloshaftung" geführt hätte. Um das zu verhindern, hat der BGH rechtsfortbildend eingegriffen und eine Enthftung nach Ablauf von 5 Jahren angenommen (BGHZ 87, 186; BGH NJW 1983, 2940). Zweck des Nachhaftungsbegrenzungs-gesetzes war es vor allem, diese Rechtsprechung – mit etlichen Korrekturen im Detail (z.B. § 160 Abs. 3 S. 2 HGB) auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen (vgl. Staub/Habersack, a.a.O., § 160, Rn. 2; Bormann NZG 751, 753), nicht aber Fragen der Haftungsbegründung zu regeln (vgl. MünchKomm/K. Schmidt, § 160, Rn. 1). 64

(b) Im Verhältnis der Regelung des Ausscheidens (Abs. 1) zum Wechsel in die Kommanditistenstellung ist im Gesetzgebungsverfahren stets darauf hingewiesen worden, dass durch den in Abs. 3 enthaltenen Verweis eine Gleichbehandlung dieser beiden Fallgruppen erreicht werden soll. Der in die beschränkt haftende Stellung eines Kommanditisten zurück tretende Gesellschafter solle *"in gleicher Weise wie bei einem Ausscheiden als persönlich haftender Gesellschafter in seiner Haftung für die bei seinem Wechsel bereits begründeten Verbindlichkeiten begrenzt werden"* (BT- Drs. 12/1868, S. 9). 65

(c) Die Gesetzesgeschichte widerlegt auch die Auffassung des Klägers, dass eine vollständige Gleichbehandlung deshalb nicht gewollt gewesen sein könne, weil der Gesetzgeber die Fallgruppe des in die Kommanditistenstellung einrückenden Gesellschafters dann *"sehr viel einfacher in § 160 Abs. 3 S. 1 HGB hätte integrieren können"* (Schriftsatz v. 16.07.2004, Bl. 271). Daraus könnten bereits im Ansatz keinerlei Schlüsse gezogen werden, weil hier zwei zumindest gleichwertige gesetzestechnische Darstellungsmöglichkeiten zur Verfügung standen, von denen der Gesetzgeber die übersichtlichere gewählt hat. Die Schaffung einer eigenständigen Regelung war vorliegend aber insbesondere erforderlich, um die Klarstellung des § 160 Abs. 3 S. 2 HGB daran anknüpfen zu können (*Begrenzung der Nachhaftung auch, wenn der Kommanditist weiter geschäftsführend tätig ist*). Damit wollte der Gesetzgeber die zuvor für den Beteiligungswechsel entwickelte – gegenteilige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 78, 114, 118; NJW 1983, 2256) und des Bundesarbeitsgerichts (NJW 1983, 2283; ZIP 1990, 938) korrigieren. Diese Zielrichtung hat maßgeblich zum Eingreifen des Gesetzgebers und zum Erlass des Nachhaftungsbegrenzungs-gesetzes beigetragen (vgl. BT-Drs. 12/1868, S. 9; Heymann/Seibert, HGB, § 160, Rn. 25) und erforderte es gesetzestechnisch, die Fallgruppe des § 160 Abs. 3 HGB gesondert zu regeln. 66

(3) Der Sinn und Zweck des § 160 HGB besteht ausschließlich darin, die Nachhaftung des Gesellschafters zeitlich zu begrenzen und einzuschränken (vgl. Bormann NZG 2004, 751, 752). Die Vorschrift trägt dem Interesse der Gesellschafter, eine "Endloshaftung" bei immer 67

wieder neu aus einem Dauerschuldverhältnis begründeten Einzelansprüchen zu verhindern, Rechnung und ordnet deshalb zugunsten des Gesellschafters eine *Enthftung* nach Ablauf einer *Ausschlussfrist* an (vgl. nur Staub/Habersack, § 160, Rn. 1, 2; MünchKomm/K. Schmidt, § 160, Rn. 4 f.).

(4) Zweifelhaft kann die Auslegung des § 160 Abs. 3 HGB allenfalls im systematischen Vergleich zu Abs. 1 der Vorschrift sein. Anders als Abs. 3 spricht Abs. 1 für den Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft nämlich ausdrücklich von den "*bis dahin*" begründeten Verbindlichkeiten. In Abs. 1 wird also nicht auf die Eintragung, sondern den Verlust der Stellung als persönlich haftender Gesellschafter im Sinne des § 128 S. 1 HGB abgestellt. Das kann indes nicht den (Umkehr-)Schluss darauf zulassen, dass der in die Kommanditistenstellung wechselnde Komplementär in der Schwebezeit bis zur Eintragung im Gegensatz zum ausscheidenden Gesellschafter bereits nach § 160 Abs. 3 HGB – also unabhängig vom subjektiven Element des § 15 Abs. 1 HGB forthaftet. Der Unterschied im Wortlaut lässt sich vielmehr erklären, ohne dass das nach allen anderen Auslegungskriterien eindeutige Ergebnis (rechtsvernichtende Einwendung) in Frage gestellt werden müsste. 68

(a) Die Erklärung, die I6/J (Rechtsgutachten Anlage B 9) für die unterschiedliche Formulierung geben, trifft allerdings nicht zu. Danach soll die Abweichung konsequent sein, weil sich die Nachhaftung des § 160 Abs. 1 HGB "*bereits im Ansatz nur auf die bis zum Ausscheiden des Gesellschafters begründeten Verbindlichkeiten*" beziehe und daher "*nur in diesem Umfang zeitlich begrenzt zu werden*" brauche (S. 10). Das Gegenteil ist, wie I6/J auf S. 4 ihres Gutachtens selbst andeuten, richtig: Das "Aussparen" der weiteren im Fall des Ausscheidens anerkanntermaßen über § 15 Abs. 1 HGB bestehenden – Forthaftung führt rechtsdogmatisch an sich zu einer Unstimmigkeit. Nach dem Wortlaut des § 160 Abs. 1 HGB betrifft die Enthftung die vorgenannten Verbindlichkeiten nicht, weil diese nicht "*bis dahin*", also bis zum Ausscheiden, entstanden sind. Dass die erst nach dem Ausscheiden begründeten Gesellschaftsschulden im Ergebnis aber genauso "*erst recht*" von der Enthftung erfasst werden müssen, ist im Ergebnis allerdings so einleuchtend und selbstverständlich, dass in der Kommentarliteratur lediglich lapidar und ohne Bezugnahme auf den abweichenden Wortlaut auf deren Gleichstellung hingewiesen wird (vgl. etwa Staub/Habersack, a.a.O., § 128, Rn. 61; § 160, Rn. 9: "*In diesem Fall sind auch diese Verbindlichkeiten [= §§ 128, 15 HGB] als Altverbindlichkeiten i.S.d. §§ 159 f. anzusehen ...*", und zwar "*obwohl es sich an sich um Neuverbindlichkeiten*" handelt.). 69

(b) Die differierende Anknüpfung in Abs. 1 und Abs. 3 beruht letztlich auf dem unterschiedlichen Ansatz der beiden Regelungen. Während § 160 Abs. 3 HGB das tut, was er soll, nämlich eine Einwendung formuliert, bestand bei § 160 Abs. 1 HGB offenbar das Anliegen, die bisher vom Gesetz unausgesprochen als selbstverständlich unterstellte Tatsache, dass die zuvor bereits nach § 128 HGB begründete Haftung des Gesellschafters nicht mit seinem Ausscheiden erlischt, im Eingangsteil der Norm mit klarzustellen. Deshalb ist § 160 Abs. 1 HGB entgegen seiner Zielrichtung – nicht deutlich als rechtsvernichtende Einwendung formuliert, sondern regelt seinem Wortlaut nach die Forthaftung des Gesellschafters. Wählt man diesen, das ohnehin Selbstverständliche nochmals klarstellenden Ansatz, muss für den in Bezug genommenen Endzeitpunkt konsequenterweise an den *Zeitpunkt des Ausscheidens* angeknüpft werden. Denn mit diesem Zeitpunkt greift die aus § 128 S. 1 HGB folgende persönliche Haftung nicht mehr ein, sondern kann nur noch unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 HGB begründet werden. 70

Insgesamt zeigt sich damit: Während § 160 Abs. 1 HGB in seinem Eingangsteil einen allgemein anerkannten Grundsatz klarstellt und deshalb die Verbindlichkeiten definiert bzw. 71

definieren muss, für die der Gesellschafter gem. § 128 S. 1 HGB – (nach)haftet [das sind nur die *bis zu seinem Ausscheiden* entstandenen], hat Abs. 3 einen ganz anderen Bezugspunkt. § 160 Abs. 3 HGB definiert alle Verbindlichkeiten, auf die sich die rechtsvernichtende Einwendung der Enthftung bezieht [das sind alle bis zur *Eintragung* entstandenen, also auch die erst auf dem Vertrauenstatbestand des § 15 HGB beruhenden]. Aus dem Formulierungsunterschied hinsichtlich der zeitlichen Anknüpfung [Abs. 1: Ausscheiden; Abs. 3: Eintragung] kann deshalb nicht in systematischer Auslegung gefolgert werden, dass § 160 Abs. 3 S. 1 HGB – entgegen dem klaren Ergebnis aller anderer Auslegungskriterien – eine über §§ 128, 15 HGB hinausgehende Haftungsbegründung bis zum Zeitpunkt der Eintragung bezweckt. Der Vergleich zeigt vielmehr, dass bei der in § 160 Abs. 1 HGB gewählten Formulierung ein korrigierender Eingriff von Rechtsprechung und Lehre erforderlich wird, während § 160 Abs. 3 HGB, der den rechtstechnischen Charakter als Einwendung im Wortlaut zum Ausdruck bringt, in sich stimmig ist.

III) 72

Eine analoge Anwendung des § 176 Abs. 2 HGB kommt entgegen dem seitens des Beklagten vorgelegten Rechtsgutachten nicht in Betracht. 73

1) Die Sach- und Interessenlage beim Wechsel des Komplementärs in die Kommanditistenstellung ist zwar mit dem in § 176 Abs. 2 HGB geregelten Beitritt eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft vergleichbar. Das folgt insbesondere daraus, dass der Wechsel rechtlich und gedanklich auch in ein Ausscheiden als Komplementär mit sofortigem Wiedereintritt als Kommanditist aufgeteilt werden könnte (vgl. Bormann NZG 2004, 751, 752). Für eine haftungsrechtliche Ungleichbehandlung der beiden vorgenannten Fälle ist kein vernünftiger Grund ersichtlich. Das ist letztlich auch das tragende Argument von I6/J, auf deren insoweit überzeugende Ausführungen (Gutachten Anl. B 9, S. 11-18) ergänzend verwiesen werden kann. 74

2) Es fehlt indes an der für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Regelungslücke: Das Auseinanderfallen von tatsächlichem Status (Kommanditist) und dem Rechtsschein des Handelsregisters im Zwischenzeitraum bis zur Eintragung wird für den hier vorliegenden Fall der Beteiligungsumwandlung durch die allgemeine Vorschrift des § 15 Abs. 1 HGB geregelt. Die nach Zweckrichtung und Ergebnis ähnlich strukturierte Regelung des § 176 Abs. 2 HGB – auch hier ist die Registerlage maßgeblich, solange keine positive Kenntnis von der wahren Lage besteht – ist nur deshalb erforderlich, weil beim Neueintritt eines zuvor Unbeteiligten nicht an einen Rechtsschein des Handelsregisters aus der Vergangenheit angeknüpft werden kann. Das ist hier anders. Der in die Kommanditistenstellung zurücktretende Gesellschafter war zuvor als Komplementär eingetragen. Solange sein Wechsel nicht im Handelsregister eingetragen ist, muss er sich nach § 15 Abs. 1 HGB im Rechtsverkehr behandeln lassen, als sei er noch persönlich haftender Gesellschafter (vgl. MünchKomm/K. Schmidt, HGB, 2. Aufl. 2006, § 160, Rn. 43; Staub/Habersack, HGB, 4. Aufl. 1998-2004, § 160, Rn. 9 und 13). 75

IV) 76

Eine persönliche Haftung des Beklagten zu 1) für die Mietverbindlichkeiten der Insolvenzschuldnerin lässt sich im Ergebnis nicht auf § 128 S. 1 HGB i.V.m. § 15 Abs. 1 HGB stützen. 77

1) 78

79

Die *objektiven* Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 HGB liegen zwar vor. Der Wechsel der Komplementär- in eine Kommanditistenbeteiligung stellt eine zumindest nach § 162 Abs. 3 HGB *eintragungspflichtige Tatsache* dar (vgl. nur Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 143, Rn. 2, § 162, Rn. 10; Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 1. Aufl. 2001, § 143, Rn. 5, § 162, Rn. 42). Im Zeitpunkt der Begründung der Gesellschaftsschuld war der Beteiligungswechsel noch nicht im Handelsregister eingetragen. Der Mietvertrag ist im Januar 1999 durch Vertragsübernahme auf die Schuldnerin (U GmbH & Co. KG) übergegangen. Der Wechsel des Beklagten zu 1) in die Kommanditistenstellung ist erst am 04.03.1999 in das Handelsregister bei dem Amtsgericht Warendorf eingetragen worden. Der Beteiligungswechsel war auch "*in den Angelegenheiten*" des Beklagten einzutragen. Der Vertrauensschutz wirkt danach zu Lasten desjenigen, der aus der Eintragung Rechtsvorteile erlangt hätte (vgl. nur Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O., § 15, Rn. 9).

2) 80

Subjektiv setzt § 15 Abs. 1 HGB die Unkenntnis der wahren Rechtslage voraus, was zugunsten des Dritten vermutet wird ("*es sei denn...*"). 81

Der Charakter der Vorschrift als Vertrauensschutznorm (vgl. BGHZ 65, 309, 311; Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 1. Aufl. 2001, § 15, Rn. 12; MünchKomm/Krebs, HGB, 2. Aufl. 2005, § 15, HGB, Rn. 45; Staub/Hüffer, HGB, 4. Aufl. 1995, § 15, Rn. 24) schließt ihre Anwendung auch nicht – mangels Vertrauenstatbestandes – von vornherein aus (a). Aufgrund der Firmierung der Insolvenzschuldnerin als "GmbH & Co. KG" kann jedoch von einer Kenntnis der Gläubigerin (H GmbH & Co. KG als Vermieterin) ausgegangen werden (b). 82

a) Der *allgemeine Rechtsscheinstatbestand* setzt voraus, dass der Dritte Kenntnis vom Vertrauenstatbestand hatte und dass dieser für sein Handeln kausal war (vgl. Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 I Rn. 16). Der Beklagte weist insoweit – in der Sache zweifellos zutreffend – darauf hin, dass die Vermieterin weder Kenntnis davon hatte, dass er bis zum 15.12.1998 persönlich haftender Gesellschafter der U OHG war, noch dass es die U OHG als "Vorgängerin" der U GmbH & Co. KG überhaupt gegeben habe. Ein Vertrauenstatbestand war deshalb tatsächlich nicht entstanden. Die (noch) im Handelsregister eingetragene Tatsache, dass der Beklagte zu 1) persönlich haftender Gesellschafter der U OHG war, spielte folglich auch für die Disposition der H GmbH & Co. KG (Zustimmung zur Vertragsübernahme) keine Rolle. 83

Das würde die Annahme einer Haftungsbegründung nach §§ 128 S. 1, 15 Abs. 1 HGB indes nicht ausschließen. § 15 Abs. 1 HGB setzt nicht voraus, dass der Dritte überhaupt Einblick ins Handelsregister genommen hat, sondern begnügt sich im Interesse eines gesteigerten Verkehrsschutzes mit der ganz allgemein gegebenen *Möglichkeit*, dass der Dritte im Vertrauen auf den Registerinhalt gehandelt hat (vgl. BGH NJW 1976, 569; Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O., § 15, Rn. 12). Soweit in der Literatur teilweise dennoch vertreten wird, dass § 15 Abs. 1 HGB im Wege der *teleologischen Reduktion* jedenfalls dann außer Betracht bleiben müsse, wenn – wie hier – unstreitig ist, dass der Dritte die vertrauensbegründende Tatsache überhaupt nicht kannte (Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 5 I, Rn. 17 f.), ist dem nicht beizutreten. Der Gesetzgeber hat sich im Interesse der Rechtssicherheit gegen die vorgenannte Sichtweise entschieden. In § 15 Abs. 1 HGB kommt zum Ausdruck, dass die Handelsregisterpublizität an einen rein *abstrakten, typisierten Verkehrsschutz* anknüpfen soll, der von vornherein jeglichen Streit um die Kenntnis vom Registerinhalt und die Kausalität ausblendet. Seinem klaren Wortlaut nach lässt § 15 Abs. 1 HGB eine Rückausnahme deshalb lediglich für den Fall zu, dass der Vertragspartner die einzutragende Tatsache selbst kannte. Es wäre widersprüchlich, der Norm unter Berufung 84

auf ihren "Telos" ("teleologische Reduktion") einen von dieser gesetzgeberischen Wertentscheidung abweichenden Sinngehalt zuzuweisen. § 15 Abs. 1 HGB ist deshalb mit der h.M. so zu verstehen, dass anknüpfend an den allgemeinen Vertrauenstatbestand wie folgt differenziert wird: Die Gutgläubigkeit in Bezug auf die einzutragende Tatsache [hier: Wechsel der Komplementär- in eine Kommanditbeteiligung] wird *widerleglich* vermutet. Die Kenntnis vom Vertrauenstatbestand [hier: persönlich haftender Gesellschafter einer OHG] und die Kausalität werden *unwiderleglich* vermutet (vgl. MünchKomm/Krebs, a.a.O., § 15, Rn. 45; Staub/Hüffer, a.a.O., § 15, Rn. 24; Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O., § 15, Rn. 12). Dass die Gläubigerin den Vertrauenstatbestand tatsächlich gar nicht kannte, steht der Anwendbarkeit des § 15 Abs. 1 HGB somit nicht entgegen.

b) Allein maßgeblich ist damit die Kenntnis von der *einzutragenden Tatsache*, also dem Umstand, dass der Beklagte bereits vom Status des persönlich haftenden Gesellschafters in die beschränkt haftende Kommanditistenstellung zurück getreten war. Eine solche Kenntnis der H GmbH & Co. KG nimmt der Senat aufgrund der Firmierung der Schuldnerin bei der Vertragsübernahme als "U GmbH & Co. KG" an. 85

Der Kenntnis der einzutragenden Tatsache im Sinne des § 15 Abs. 1 HGB steht nach allgemeiner Auffassung die Kenntnis von Umständen gleich, aus denen zwingend auf diese Tatsache zu schließen ist (vgl. allg. RGZ 128, 172, 183; MünchKomm/Krebs, a.a.O., § 15, Rn. 46). Anerkannt ist insbesondere, dass die Kenntnis *aller* persönlich haftender Gesellschafter zwingend darauf schließen lässt, dass jeder weitere Gesellschafter als Kommanditist in der Haftung beschränkt ist (BGH NJW-RR 1987, 416). Nach mittlerweile ganz h.M. in der Literatur (zu § 176 HGB) ist bei Verwendung einer "GmbH & Co."-Firma von der positiven Kenntnis des Geschäftspartners davon auszugehen, dass außer der in der Firma genannten GmbH kein weiterer Komplementär vorhanden ist und alle natürlichen Personen, die der Gesellschaft angehören, Kommanditisten sind (vgl. K. Schmidt GmbHR 2002, 341, 344; MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O., § 176, Rn. 50; Baumbach/Hopt, a.a.O., Anhang nach § 177a, Rn. 19; Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O., Anhang A zu § 177a, Rn. 45; Staub/Schilling, a.a.O., § 176, Rn. 27; Heymann/Horn, HGB, 2. Aufl. 1996, § 176, Rn. 11; Röhrich/Graf v. Westfalen/v. Gerkan, a.a.O., § 176, Rn. 55; a.A. Koller/Roth/Morck, HGB, 5. Aufl. 2005, § 176, Rn. 4; Clauss/Fleckner ZIP 2003, 1790, 1797). Dem ist – auch in Bezug auf § 15 Abs. 1 HGB – zu folgen: 86

(1) In der älteren Rechtsprechung des BGH ist die Haftungsbeschränkung durch Verwendung der "GmbH & Co."-Firma nicht anerkannt worden (NJW 1980, 54). Diese Rechtsprechung ist jedoch überholt (vgl. zu Historie MünchKomm/K. Schmidt, a.a.O., § 176, Rn. 50). Der II. Senat des Bundesgerichtshofs hat mit Urteil vom 21.03.1983 (NJW 1983, 2258, 2260) unter Bezugnahme auf den damals neu eingeführten § 19 Abs. 5 HGB (= § 19 Abs. 2 HGB n.F.) einen Wandel der Rechtsprechung angekündigt. Auf Grundlage dieser Norm, nach der es in der Firma zum Ausdruck kommen muss, wenn in der Gesellschaft keine natürliche Person persönlich (voll) haftet, werde "*im Rechtsverkehr niemand mehr damit rechnen können, ein nicht eingetragener Gesellschafter einer solchermaßen firmierenden Gesellschaft sei kein Kommanditist*". In Bezug auf § 15 Abs. 1 HGB kann nichts anderes gelten. Wer aufgrund der Firmierung als GmbH & Co. KG Kenntnis davon hat, dass der Gesellschaft keine natürliche Person als Vollhafter angehört, hat in der daraus zu ziehenden Folgerung auch Kenntnis davon, dass ein evtl. zuvor vorhandener persönlich haftender Gesellschafter in die Stellung eines Kommanditisten zurück getreten sein muss. 87

(2) Die Gegenauffassung verweist – letztlich ausschließlich – auf die *theoretische Möglichkeit*, dass der KG neben der GmbH weitere Personen als Komplementäre angehören 88

(Koller/Roth/Morck, a.a.O.), denn § 19 Abs. 2 HGB *verbietet es nicht*, in einem solchen Fall dennoch als GmbH & Co. zu firmieren (Clauss/Fleckner ZIP 2003, 1790, 1797). Das trifft zwar zu, steht der haftungsbeschränkenden Wirkung der Firmierung als GmbH & Co. aber nicht entgegen:

(a) Dass eine natürlich haftende Person in einer als GmbH & Co. firmierenden KG persönlich haftet, ist, auch wenn die theoretische Möglichkeit gegeben ist, in der Rechtswirklichkeit gemessen an der typischen GmbH & Co. KG ohne natürliche Person als Vollhafter eine so extrem seltene Ausnahme, dass sie von vornherein außer Betracht bleiben muss (vgl. LG Ravensburg ZIP 1994, 1232; Staub/Schilling, a.a.O., § 176, Rn. 27). Die typische Verkehrserwartung geht deshalb bei der GmbH & Co. KG stets dahin, dass keine natürliche Person voll haftet (vgl. K. Schmidt GmbHR 2002, 341, 344; Staub/Schilling a.a.O.; Heymann/Horn a.a.O., Baumbach/Hopt a.a.O.) Die rechtliche Bestimmung der Umstände, die "zwingende" Schlüsse auf innere Tatsachen zulassen, darf sich aber nicht an einer naturwissenschaftlichen Genauigkeit orientieren und dabei die Augen vor der Rechtswirklichkeit verschließen. Es muss vielmehr in *wertender* Betrachtung ausreichen, dass sich die Annahme einer bestimmten Tatsache so sehr aufdrängt, dass mit einer abweichenden Gestaltung vernünftigerweise nicht mehr gerechnet werden kann. 89

(b) Der Hinweis darauf, dass § 19 Abs. 2 HGB nicht *verbietet*, als GmbH & Co. zu firmieren, obwohl ein weiterer persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist, betrachtet die Vertrauensschutznorm des § 15 Abs. 1 HGB aus der falschen Blickrichtung. Für die "Bösgläubigkeit", hier also die Kenntnis von der nur beschränkten Haftung, kommt es entscheidend darauf an, dass jegliches berechnete – potenzielle Vertrauen auf eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter in diesem Sinne "zwingend" zerstört ist. Das ist bei der Firmierung als "GmbH & Co." bereits der Fall. Nach dem in § 19 Abs. 2 HGB zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers reicht diese Firmierung nämlich aus, um im Rechtsverkehr deutlich zu machen, dass keine natürliche Person persönlich haftet (vgl. nur Ebenroth/Boujong/Joost, a.a.O., § 19, Rn. 18 m.w.N.). Dann wäre es aber wertungswidersprüchlich, dem Gläubiger im Rahmen der §§ 15, 176 HGB die Berufung darauf zu gestatten, dass er trotz dieser Firmierung von weiteren Komplementären neben der GmbH ausgegangen sei (vgl. Huber ZGR 1984, 166). 90

(c) Für das Bedürfnis, die Bösgläubigkeit des Vertragspartners bei Firmierung als GmbH & Co. anzunehmen oder zumindest widerleglich zu vermuten, spricht zudem die oben dargestellte Struktur des § 15 Abs. 1 HGB als "*generalisierte*" Vertrauensschutznorm (Staub/Schilling, a.a.O., § 15, Rn. 24). Dadurch, dass zwei wesentliche Elemente des Vertrauenstatbestandes (Kenntnis und Kausalität) unwiderleglich vermutet werden, wird der Vertrauensschutz im Interesse des Rechtsverkehrs *typisiert*. Wenn das Gesetz aber von einem *typischerweise* vorliegenden Scheintatbestand ausgeht, ist es konsequent, auch bei der Rückausnahme Kenntnis von der einzutragenden Tatsache auf die *typische* Verkehrserwartung abzustellen. Das ist bei der Firmierung als "GmbH & Co." zweifellos die KG ohne natürliche Person als Vollhafter. 91

(d) Die vorgenannten Grundsätze müssen nach Auffassung des Senats jedenfalls dann gelten, wenn der Vertragspartner – wie hier – selbst als Kaufmann (Handelsgesellschaft) geschäftsgewandt ist. Kein redlich denkender und handelnder Kaufmann kann sich gegenüber einer gemäß den firmenrechtlichen Vorgaben des § 19 Abs. 2 HGB als "GmbH & Co. KG" auftretenden Gesellschaft der Erkenntnis verschließen, dass neben der in der Firma bezeichneten GmbH keine natürliche Person Komplementär sein wird. Das muss umso mehr gelten, wenn der Vertragspartner – wie hier – selbst in der Rechtsform der GmbH & Co. KG 92

ohne persönlichen Vollhafter organisiert ist. Über die zwischen den Parteien nach Erörterung der Sach- und Rechtslage im Termin vom 12.01.2007 aufgekommene Streitfrage, ob die dargestellte Sichtweise des Senats auch im Rechtsverkehr einer GmbH & Co. KG mit Nichtkaufleuten Geltung beanspruchen kann, hat der Senat zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht zu befinden.

(e) Ob das Auftreten als GmbH & Co. auf der vorgenannten Grundlage so zu werten ist, dass der Vertragspartner Kenntnis von Umständen hatte, die – im Rechtssinne "zwingend" auf die Kenntnis der Kommanditistenstellung schließen lassen, oder aufgrund der dargestellten *Typizität* lediglich eine tatsächliche Vermutung dafür spricht, dass der Vertragspartner Kenntnis von der Kommanditistenstellung hatte, bedarf keiner Entscheidung. Der Kläger hat nach entsprechendem rechtlichen Hinweis des Senats keine Tatsachen vorgetragen, die es abweichend von der dargestellten Typizität ausnahmsweise als ernsthaft möglich erscheinen lassen, dass H GmbH & Co. KG *nicht* davon ausgegangen sein könnte, dass der neuen Mieterin neben der Komplementär-GmbH keine natürlichen Personen als weitere Komplementäre angehören. 93

V) 94

Eine persönliche Haftung des Beklagten zu 1) für die Gesellschaftsverbindlichkeiten lässt sich auch nicht aus einer Analogie zu § 171 Abs. 2 HGB, auf die sich der Kläger hilfsweise stützt, herleiten. Die im Schreiben vom 16.12.1998 (Anl. K 10) gegenüber der Vermieterin angekündigte Kapitalausstattung der neuen Gesellschaft mit 100 Mio. DM stellt keine Bekanntmachung eines angeblichen Haftkapitals dar, das sich der Beklagte als Kommanditist analog § 172 Abs. 2 HGB entgegenhalten lassen müsste. Der umfangreiche Streit der Parteien darüber, ob und in welcher Weise der Gesellschaft Kapital zugeführt worden ist, kann deshalb dahin stehen. Mit der Bezeichnung eines "*Grundkapitals*" der KG ist nichts über den jeweiligen Kommanditanteil eines einzelnen Kommanditisten gesagt. Im Schreiben vom 16.12.1998 wird ersichtlich die Kapitalausstattung der Gesellschaft insgesamt dargestellt. Das lässt Rückschlüsse auf die Höhe einzelner Kommanditeinlagen nicht zu. Ansprüche aus § 826 BGB oder Verschulden bei Vertragsschluss (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB) gegen den *Beklagten persönlich* lassen sich auf das vorgenannte Schreiben bereits deshalb nicht stützen, weil der Beklagte es weder verfasst noch unterzeichnet noch sonst feststellbar in einer ihm persönlich zurechenbaren Weise veranlasst hat. 95

III. 96

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 97

IV. 98

Der Senat lässt die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu. Die Frage, ob bei Firmierung als GmbH & Co. KG im Rechtsverkehr unter Kaufleuten von der Kenntnis des Vertragspartners davon, dass keine natürliche Person als Komplementär voll haftet, auszugehen ist, hat grundsätzliche, über den entschiedenen Einzelfall hinaus gehende Bedeutung. 99
