
Datum: 10.02.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 7. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-7 U 77/11
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:0210.I7U77.11.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 24 O 104/11
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, XII ZR 29/12
Schlagworte: Nebenintervention; Zwischenstreit; Berufung; sekundäre Darlegungslast; Umwandlung; Formwechsel; GmbH; GbR; Handelsregister; Gesellschafterwechsel
Normen: §§ 71, 295 ZPO; 1, 190, 191, 202, 226, 235 UmwG
Leitsätze:

1. Zum erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention
2. Zur Zulässigkeit einer durch den Nebenintervenienten eingelegten Berufung
3. Zum Gesellschafterwechsel nach beschlossener Umwandlung einer GmbH in eine GbR, aber vor Eintragung des Formwechsels ins Handelsregister
4. Zur sekundären Darlegungslast

Tenor:

Auf die von dem Nebenintervenienten eingelegte Berufung der Beklagten zu 1) und die Berufung der Beklagten zu 2) wird das am 5. September 2011 verkündete End-urteil des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst.

Das Teilversäumnisurteil des Landgerichts Dortmund wird - unter Aufhebung im Übrigen - teilweise abgeändert:

Die Beklagten zu 1) und 2) werden verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin 34.551,89 € nebst 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz von je 5.758,65 € seit dem 05.03.2010, 05.04.2010, 05.05.2010, 05.06.2010 und 05.07.2010 zuzüglich weiterer 1.196,43 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.11.2010 zu zahlen.

Bezüglich der Beklagten zu 1) wird das am 06.12.2010 verkündete Teilversäumnis-urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Dortmund insoweit aufrechterhalten und es im Übrigen aufgehoben.

Die weitere Berufung wird zurückgewiesen, die weitergehende Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen die Beklagten als Gesamtschuldner zu 80 %, zu 20 % trägt sie die Klägerin. Die Kosten der Nebenintervention trägt der Nebenintervenient zu 80 % und zu 20 % trägt sie die Klägerin.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen zu 20 % die Klägerin und zu 80 % die Beklagte zu 2) und der Nebenintervenient als Gesamtschuldner.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung jeweils durch Sicherstellungsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe	1
A.	2
Der Sach- und Streitstand stellt sich – unter Verweisung wegen der tatsächlichen Feststellungen im Übrigen auf das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Dortmund vom 05.09.2011 (Bl. 178 ff. GA) – wie folgt dar:	3
Gegenstand der Klage sind offene Mieten, die dem Grunde und der Höhe nach unstreitig sind. Gestritten wird ausschließlich um die Passivlegitimation der Beklagten zu 1. und 2., wobei für die Beklagte zu 1., gegen die erstinstanzlich Versäumnisurteil im schriftlichen Verfahren ergangen ist, ein auf eigene Initiative beigetretener Nebenintervenient streitet.	4

Partei des streitgegenständlichen Mietvertrages auf Mieterseite war ab 01.01.2004 ursprünglich die I2 GmbH, die später in I GmbH umfirmierte. Ab Februar 2010 wurden keine Mieten mehr gezahlt. Mit einer von Mieterseite angeregten einvernehmlichen vorzeitigen Beendigung des bis zum 01.01.2013 verlängerten Mietverhältnisses gegen Zahlung von 1.000 € war die Klägerin nicht einverstanden. Spätestens im Mai 2010 wurde die Nutzung des Mietobjektes durch die Mieterin eingestellt.	5
Ab Februar 2010 wurden auf Mieterseite folgende gesellschaftsrechtliche Veränderungen vorgenommen:	6
Bei der I GmbH erfolgten im Febr. 2010 ein Gesellschafter- und ein Geschäftsführerwechsel: Der Alleingesellschafter F übertrug seinen Geschäftsanteil auf die W GmbH, also die hiesige Beklagte zu 2.; als Geschäftsführer wurde Herr F abberufen und ein Herr U eingesetzt.	7
Per Gesellschafterbeschluss der Mieterin I GmbH im Mai erfolgten die Teilung des ursprünglich einen Gesellschafteranteils iHv 25.000 € in 2 Anteile von je 12.500 € und die Abtretung eines der beiden Anteile durch W GmbH (= Beklagte zu 2.) an Herrn T (= hiesigen Nebenintervenienten).	8
Per Beschluss der nun 2 Gesellschafter vom 10.05.2010 wurde sodann ein Formwechsel der Mieterin in die I GbR, bestehend aus den Gesellschaftern W GmbH (= Beklagte zu 2.) und Herrn T (= Nebenintervenient) beschlossen. Dieser Formwechsel in eine GbR wurde unverzüglich beim für die Mieterin I GmbH zuständigen Registergericht zu HRB 15575 unter Beifügung einer neuen Gesellschafterliste, die nunmehr die Beklagte zu 2. und den Nebenintervenienten als Gesellschafter der Mieterin auswies, angemeldet.	9
Unter dem 18.05.2010 wurden Abtretungen der beiden Gesellschaftsanteile an der I GmbH beurkundet, nämlich	10
- durch die Beklagte zu 2. an eine B Ltd. mit Sitz in Vancouver und	11
- durch den Nebenintervenienten an eine P Ltd., Birmingham,	12
wobei für die Beteiligten bzw. für deren gesetzliche Vertreter sämtlich Vertreter auftraten.	13
Am 20.07.2010 wurde der unter dem 10.05.2010 angemeldete Formwechsel der Mieterin in eine GbR ins Handelsregister zu HRB 15575 wie folgt eingetragen:	14
<i>Formwechsel in I GbR, bestehend aus W GmbH und T.</i>	15
Erst danach, nämlich unter dem 26.07.2010 wurde eine neue Gesellschafterliste zu HRB 15575 eingereicht, die als Gesellschafter aufgrund der Urkunde vom 18.05.2010 die B Ltd. und die P Ltd., deren Director der Nebenintervenient ist, ausweist. Die dazugehörige Bescheinigung des Notars L2 gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG lautet dahingehend, dass die Urkunde vom 18.05.2010 rechtswirksam seit 26.07.2010 sei. In der Folgezeit wurde durch den Notar L2 eine weitere inhaltlich gleichlautende Gesellschafterliste, jedoch mit abweichender Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG vom 10.08.2010 eingereicht, wonach ihm "die Rechtskraft der Urkunde zum 18.05.2010 durch Einreichung der Vollmachtsbestätigungen nunmehr nachgewiesen" wurde.	16
Die Klägerin nahm als Beklagte zu 1. die I GbR und entsprechend dem Handelsregistereintrag als deren Gesellschafterin die Beklagte zu 2. auf Zahlung der rückständigen Mieten in Anspruch. Zustellversuche an die Beklagte zu 1. scheiterten. Daher	17

wurde die Klage gegen die Beklagte zu 1. ebenfalls der Beklagten zu 2. – nunmehr in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin - zugestellt. Die Beklagte zu 2. zeigte Verteidigungsbereitschaft für sich, aber nicht für die Beklagte zu 1. an.

Das erstinstanzlich zur Entscheidung berufene Landgericht Dortmund erließ sodann unter dem 02.12.2010 antragsgemäß ein Versäumnisurteil im schriftlichen Verfahren gegen die Beklagte zu 1., das wiederum der Beklagten zu 2. am 04.12.2010 zugestellt wurde. Gegen dieses legte der Nebenintervenient unter gleichzeitiger Beitrittserklärung auf Seiten der Beklagten zu 1. fristgerecht Einspruch ein. Die Klägerin rügte die Unzulässigkeit des Beitritts, initiierte aber trotz Hinweises seitens des Nebenintervenienten keinen Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Nebenintervention, sondern verhandelte mit Sachanträgen zur Sache. 18

Mit angefochtenem Endurteil verwarf das Landgericht Dortmund den Einspruch gegen das Versäumnisurteil infolge der Unzulässigkeit der Nebenintervention als unzulässig und verurteilte die Beklagte zu 2. antragsgemäß zur Zahlung der streitgegenständlichen Mieten für den Zeitraum Febr. – Juli 2010. Wegen der Urteilsbegründung im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen. 19

Mit der Berufung verfolgt der Nebenintervenient sein Ziel der Aufhebung des Versäumnisurteils und der Abweisung der gegen die Beklagte zu 1. gerichteten Klage weiter. Er macht geltend, mangels Zwischenstreit habe die Nebenintervention nicht als unzulässig angesehen werden dürfen. Sein Interesse an der Nebenintervention ergebe sich aus dem Interesse eines jeden haftenden Gesellschafters, eine Haftung der Gesellschaft zu vermeiden. Er müsse sich dagegen wehren, in einen Prozess als Gesellschafter hineingezogen zu werden, obwohl er kein solcher sei. Die Klägerin jedenfalls habe nicht schlüssig dargelegt, dass er im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung des Formwechsels noch Gesellschafter der GmbH gewesen sei. 20

Die Beklagte zu 2. hat ebenfalls Berufung eingelegt und beantragt die Abweisung der gegen sie gerichteten Klage in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils. Sie macht ebenfalls geltend, die Klägerin habe ihre Passivlegitimation nicht schlüssig dargetan. 21

Die mit Sachantrag die Zurückweisung der Berufungen beantragende Klägerin verteidigt das Urteil im Wesentlichen wie folgt: 22

Die Berufung des Nebenintervenienten verkenne, dass auch im Endurteil ohne zuvor gestellten förmlichen Antrages über die Zulässigkeit der Nebenintervention mitentschieden werden könne. Genau dies sei hier erfolgt. Im Senatstermin hat die Klägerin nunmehr förmlich die Zurückweisung der Nebenintervention beantragt. 23

In der Sache verkenne der Nebenintervenient, dass die Klage gegen die Beklagte zu 1. "unstreitig" begründet sei. Hierzu sage er nichts, sondern beschränke sich auf die Wiederholung, dass er nicht ihr Gesellschafter sei. Sie habe stets das Gegenteil behauptet und bestreite auch weiterhin die von der Gegenseite behaupteten Abtretungen. 24

Die Berufung der Beklagten zu 2. verkenne ebenfalls, dass die Beweislast für die Rechtsänderung in Form der Abtretung der GmbH-Anteile an die beiden Lts. bei ihr liege. Es sei insbesondere darzutun, dass der Gesellschafterwechsel bereits bei Eintragung des Formwechsels wirksam gewesen sei. 25

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst überreichter Anlagen sowie auf die Protokolle der mündlichen 26

Verhandlungen 1. und 2. Instanz Bezug genommen.

Die Registerakte zu HRB 15575 lag zu Informationszwecken vor und war Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 27

B. 28

Beide selbständig eingelegten Berufungen sind zulässig. 29

Hinsichtlich der vom Nebenintervenienten eingelegten Berufung hat dieser im Senatstermin auf Hinweis klargestellt, dass sein Rechtsmittel mit Wirkung für die Beklagte zu 1. als die von ihm unterstützte Partei eingelegt sei, was allein zulässig ist, da er selbst durch die angefochtene erstinstanzliche Entscheidung nicht beschwert ist (vgl. hierzu BGH, BGHZ 76, 299 sowie BGH, NJW 2006, 773 unter (8)). 30

Da die Nebenintervention erstinstanzlich nicht rechtskräftig zurückgewiesen wurde, ist der Nebenintervenient als Streithelfer der Beklagten zu 1. auch in der Berufungsinstanz Prozessbeteiligter (vgl. § 71 Abs. 3 ZPO) und hatte daher die Befugnis, Prozesshandlungen für die von ihm unterstützte Partei vorzunehmen (vgl. hierzu BGH, BeckRS 2011, 17766). An einer erstinstanzlichen Zurückweisung der Nebenintervention fehlt es entgegen der Ansicht der Klägerin deshalb, weil die besonderen Voraussetzungen der Nebenintervention lediglich auf Antrag einer Hauptpartei und nur im Verfahren nach § 71 ZPO zu prüfen sind; dies gilt insbesondere für die Frage, ob der Nebenintervenient ein rechtliches Interesse am Obsiegen einer Partei hat (so ausdrücklich BGH, NJW 2006, 773). 31

Ein Verfahren nach § 71 ZPO in Form des Zwischenstreits über die Zulässigkeit der Nebenintervention hat es erstinstanzlich aber nicht gegeben: 32

Zunächst fehlt es bereits an einem entsprechenden förmlichen Antrag der Klägerin, der gemäß § 297 ZPO im Termin zu verlesen gewesen wäre (vgl. Zöller-Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 71 RN 2). Beantragt wurde vom Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht ausweislich des entsprechenden Sitzungsprotokolls – trotz ausdrücklichen schriftsätzlichen Hinweises seitens des Prozessbevollmächtigten des Nebenintervenienten – lediglich die Verwerfung bzw. Zurückweisung des Einspruchs des Nebenintervenienten gegen das Versäumnisurteil. Soweit in den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils – worauf die Klägerin in der Berufungserwiderung zu Recht hinweist – die Zulässigkeit der Nebenintervention thematisiert und verneint wird, geschieht dies – infolge des Fehlens eines förmlichen klägerischen Antrags iSd § 71 ZPO – lediglich inzident im Rahmen der Frage, ob der Nebenintervenient zur Einlegung des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil befugt war. Soweit es um die Frage des rechtlichen Interesses des Nebenintervenienten am Obsiegen der einen Hauptpartei (§ 66 ZPO) geht, auf die das Landgericht entscheidend inzident unter dem Aspekt der Einspruchsbefugnis abgestellt hat, ist diese Voraussetzung jedoch ausschließlich auf Antrag einer Partei und im Verfahren nach § 71 ZPO zu prüfen (so BGH, NJW 2006, 773 unter 9. und 10. ausdrücklich). 33

Die Durchführung eines Zwischenstreits über die Nebenintervention hat aber die Klägerin gerade nicht beantragt. Sie hat lediglich "die Zulässigkeit der Nebenintervention grundsätzlich zur Überprüfung des Gerichts gestellt". Ob dies – wie die Klägerin meint – das Landgericht trotz des Hinweises des Prozessbevollmächtigten des Nebenintervenienten zu einem weiteren Hinweis auf das Verfahren nach § 71 ZPO hätte veranlassen müssen, kann dahinstehen, da für die Frage der Prozessbeteiligung des Nebenintervenienten allein maßgeblich ist, *ob* ein Zwischenstreit durchgeführt wurde und nicht, warum dies in erster 34

Instanz nicht der Fall war.

Soweit die Klägerin nunmehr erstmals in der Berufungsinstanz den Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention als unzulässig gestellt hat, ist sie damit gemäß § 295 ZPO ausgeschlossen, da sie rügelos erstinstanzlich verhandelt hat (vgl. Zöller-Vollkommer, § 71 RN 1 sowie OLG Köln, NJW-RR 2010, 1680, 1681). Der Antrag unterliegt daher der Zurückweisung durch den Senat, was – wie hiermit geschehen – im Endurteil erfolgen kann (vgl. hierzu Zöller-Vollkommer, ZPO, § 71 RN 5 mwN).

C. 36

Die Berufung der Beklagten zu 2. ist im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet; im Übrigen ist sie unbegründet. 37

Die Beklagte zu 2. haftet für die offenen Mieten aus dem Zeitraum Febr. bis Juli 2010 mit Ausnahme der Betriebskostenvorauszahlungen, da die Mietverbindlichkeiten solche der Beklagten zu 1. sind, für die sie – die Beklagte zu 2. – entweder als Gesellschafterin der Beklagten zu 1. bei Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 265 Abs. 2 ZPO) gemäß §§ 535 Abs. 2 BGB, 128 HGB entsprechend oder aber jedenfalls als "Altgesellschafterin" gemäß §§ 736 Abs. 2 BGB, 160 HGB einzustehen hat. 38

I. 39

Bei der streitgegenständlichen Mietforderung handelt es sich um eine Verbindlichkeit der I GbR und damit der Beklagten zu 1.. 40

Ursprünglich bzw. nach Umfirmierung war auf Mieterseite die I GmbH Vertragspartnerin. Diese wurde gemäß §§ 1 Abs. 1, 190, 191 Abs. Abs. 1 Nr. 2 und 2 Nr. 1, 226 UmwG in eine GbR umgewandelt. Mit der Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister ist die GbR, hier konkret die Beklagte zu 1., entstanden und so im Wege der Rechtsnachfolge der neue Rechtsträger des bisherigen Vermögens geworden (§§ 226, 235 Abs. 1 iVm §§ 198 Abs. 1, 202 UmwG – vgl. Staudinger-Habermeier, BGB, § 718 RN 13). Der in § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG normierte Fortbestand des Rechtsträgers in lediglich veränderter Rechtsform (sog. *Identität des Rechtsträgers*; vgl. Lutter-Decker, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 202 RN 7) hat zur Folge, dass die schuldrechtlichen Beziehungen unverändert fortbestehen. Der Rechtsträger bleibt Schuldner seiner Verbindlichkeiten (vgl. Semler/Stegel-Kübler, UmwG, 3. Aufl., § 202 RN 7, 9 mwN; Lutter-Decher, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 202 RN 32). 41

II. 42

Für diese Verbindlichkeiten haftet auch die Beklagte zu 2. als (Alt-)Gesellschafterin der Beklagten zu 1.. 43

1. 44

Bei einem Formwechsel in eine GbR ist von einer unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter (auch) für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft auszugehen (so Semler/Stegel-Ihrig, UmwG, 3. Aufl., § 228 RN 46 mwN). 45

Gesellschafter einer durch Formwechsel entstandenen GbR sind diejenigen Personen, die im Zeitpunkt der Eintragung Gesellschafter der formwechselnden GmbH waren (vgl. Widmann/Mayer-Vossius, Umwandlungsrecht, Loseblattsammlung, Stand Juni 2008, § 228 RN 93; Petersen in: Kölner Kommentar zum UmwG, 2009, § 202 RN 22; Lutter-Decher, 46

2.	47
Dass die Beklagte zu 2. im Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister am 20.07.2010 Gesellschafterin der I GmbH war, hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Klägerin durch Bezugnahme auf die dem Handelsregistergericht zur Verfügung gestellten Urkunden schlüssig dargelegt:	48
a.	49
Gesellschafter der I GmbH waren ausweislich der notariell bestätigten Gesellschafterliste vom 18.05.2010 bei Eintragung des Formwechsels in HRB 15575 am 20.07.2010 die Beklagte zu 2. und der Nebenintervenient.	50
b.	51
Gegenteiliges ergibt sich – entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2. – nicht aus den erst nach dem 20.07.2010 zum Register eingereichten Gesellschafterlisten.	52
Aus den beiden den Listen beigefügten Bescheinigungen des Notars L2 folgt zwar, dass nach dem Gesellschafterbeschluss vom 10.05.2010 über die Formumwandlung, aber noch vor Eintragung des Formwechsels in das Handelsregister am 20.07.2010 eine Abtretung der GmbH-Anteile unter Einsatz von Vertretern erfolgte, was zudem auch unstreitig ist. Aus den Notarbescheinigungen lässt sich aber nicht ableiten, dass durch die Abtretungen bereits vor Eintragung des Formwechsels ein Gesellschafterwechsel auch wirksam vollzogen wurde.	53
aa.	54
Möglich ist zunächst – wie die Beklagte zu 2. zu Recht geltend macht - die Abtretung des bestehenden oder künftigen Anteils am formwechselnden bzw. neuen Rechtsträger dergestalt, dass die Abtretung zumindest eine logische Sekunde vor oder nach dem Formwechsel wirksam wird. Soll der neue Gesellschafter jedoch – wie ganz offenbar zur Vermeidung einer Haftung der Beklagten zu 2. und des Nebenintervenienten hier gewollt - noch dem formwechselnden Rechtsträger beitreten, so kann die Abtretung zwar zeitlich nach dem Umwandlungsbeschluss erfolgen, sie muss aber jedenfalls noch <i>vor</i> Eintragung des Formwechsels wirksam vorgenommen sein (so ausdrücklich Widmann/Mayer-Vossius, Umwandlungsrecht, Loseblattsammlung, Stand Juni 2008, § 228 RN 96, 97).	55
Dass die beiden Lts. also zumindest 1 logische Sekunde vor Eintragung des Formwechsels Gesellschafterinnen der GmbH als formwechselndem Rechtsträger geworden sind, also am 20.07.2010 bereits die Gesellschafterinnen der Mieterin waren, erfordert der umwandlungsrechtliche Grundsatz der Diskontinuität der Rechtsordnungen:	56
Mit dem in § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG normierten Grundsatz der Identität des Rechtsträgers in neuer Rechtsform geht eine Diskontinuität der Rechtsordnung einher. Das bedeutet, dass nach dem Formwechsel ausschließlich das Recht des neuen Rechtsträgers maßgeblich ist (vgl. Lutter-Decher, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 202 RN 8 f.; Semler/Stengel-Kübler, UmwG, § 202 RN 24 ff.). Daraus folgt zunächst, dass nach Entstehung der GbR infolge Eintragung des Formwechsels am 20.07.2010 ein Gesellschafterwechsel <i>nur noch</i> durch Abtretung der GbR-Anteile erfolgen konnte, und zwar zulässig nur mit Zustimmung des jeweils anderen Gesellschafters oder aber nach dem Gesellschaftsvertrag (vgl. Palandt-Sprau, § 719 RN 6). Waren die am 18.05.2010 beurkundeten Abtretungen der GmbH-Anteile am 20.07.2010	57

infolge des Einsatzes vollmachtloser Vertreter bei der Beurkundung am 18.05.2010 noch schwebend unwirksam (§ 177 Abs. 1 BGB), so sind sie ins Leere gegangen, da dann bei Beendigung des Schwebezustandes erst nach dem 20.07.2010 gar keine GmbH mehr existierte. Daran ändert auch die Rückwirkung gemäß § 184 Abs. 1 BGB nichts, da hierdurch keine dingliche Surrogation dergestalt ausgelöst werden kann, dass sich die rückwirkend wirksam gewordene Abtretung der GmbH-Anteile an den GbR-Anteilen fortsetzte – mit der Folge, dass am 20.07.2010 keine GbR, bestehend aus der Beklagten zu 2. und dem Nebenintervenienten, sondern per Rückwirkung im Nachhinein bestehend aus den beiden Lts. zustandegekommen wäre. Dem steht die Diskontinuität der Rechtsordnungen ebenso wie der Rechtsgedanke des § 184 Abs. 2 BGB entgegen. Eine solche dingliche Surrogation sieht auch § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 UmwG gerade nicht vor; denn wegen der Identität des Rechtsträgers und der Kontinuität der Mitgliedschaft und damit dem Fortbestand bei Umwandlung *bestehender* Rechte hat diese Vorschrift nur Klarstellungsfunktion (vgl. Semler/Stengel-Kübler, UmwG, § 202 RN 27 ff.).

Soweit § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 UmwG als Konsequenz der Kontinuität der Mitgliedschaft auch Rechte Dritter an den Anteilen oder Mitgliedschaften des formwechselnden Rechtsträgers an den an ihre Stelle tretenden Anteilen oder Mitgliedschaften des neuen Rechtsträgers *weiterbestehen* lässt, sind zudem nur dingliche Rechte wie Pfand- und Nießbrauchsrechte erfasst (vgl. Lutter-Decher, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 202 RN 20 mwN).

bb. 59

Dass die unstreitig unter Einsatz von Vertretern vorgenommene Abtretung der GmbH-Anteile am 18.05.2010 bei Eintragung des Formwechsels am 20.07.2010 bereits wirksam geworden war, lässt sich anhand der Notarbescheinigungen vom 26.07. und 10.08.2010 nicht feststellen. 60

Der Notarbescheinigung vom 26.07.2010 lässt sich allenfalls entnehmen, dass ein infolge des Auftretens von Vertretern geschlossener Übertragungsvertrag durch Einreichung der erforderlichen Genehmigungen "nunmehr", also wegen der Verpflichtung des Notars zur unverzüglichen Überreichung der geänderten Gesellschafterliste (vgl. hierzu BGH, NZG 2011, 1268, 1269) konkret am 26.07.2010 und damit nach der Eintragung des Formwechsels ins Handelsregister zum 18.05.2010 über § 184 BGB wirksam geworden ist, was wie zuvor dargelegt nicht ausreicht. 61

Danach ist vielmehr davon auszugehen, dass die Eintragung des Formwechsels noch während des Zustandes der schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages vom 18.05.2010 eingetragen wurde – mit der Folge, dass die Beklagte zu 2. und der Nebenintervenient am 20.07.2010 noch Gesellschafter der Mieterin in der Rechtsform der GmbH waren und daher auch Gesellschafter der Mieterin in der neuen Rechtsform der GbR wurden, was ihre Haftung für die streitgegenständlichen Mieten jedenfalls gemäß den §§ 736 Abs. 2 BGB, 160 HGB begründet. 62

Der Inhalt der Notarbescheinigung vom 10.08.2010 ergibt – entgegen der Ansicht der Beklagten zu 2. – nichts anderes. 63

Soweit darin "die Rechtskraft der Urkunde zum 18.05.2010" bescheinigt wird, lässt sich dies schlüssig im Sinne der klägerischen Darlegungslast mit der Rückwirkung des § 184 BGB erklären, die aber – wie gezeigt – im Rahmen des Formwechsels aufgrund der Diskontinuität der Rechtsordnungen nicht nachträglich zu einem automatischen Wechsel im Gesellschafterbestand führt. 64

3.	65
Die Beendigung des Zustandes der schwebenden Unwirksamkeit bzw. die Vollwirksamkeit der Anteilsübertragungen bereits unmittelbar am 18.05.2010 darzulegen, oblag der Beklagten zu 2. zumindest im Rahmen der sie jedenfalls treffenden sekundären Darlegungslast für die allein ihrer Sphäre zuzuordnenden Umstände des Gesellschafterwechsels.	66
Die Urkunde vom 18.05.2010 selbst wurde nämlich nicht zum Handelsregister gereicht, was unter 7. in derselben ausdrücklich so vereinbart wurde. Damit aber fallen die Umstände des Gesellschafterwechsels ausschließlich in den Wahrnehmungsbereich der Beklagten zu 2., die im Gegensatz zur Klägerin als Vertragspartnerin Zugriff auf die Urkunde hatte. Vor diesem Hintergrund war es ihr im Rahmen der sie nach § 138 Abs. 2 ZPO treffenden Erklärungslast zuzumuten, Angaben zu den Umständen der dem Handelsregister nur über die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste mitgeteilten Abtretung ihres GmbH-Anteils bzw. zu dem zeitlichen Ablauf zu machen (vgl. hierzu Zöller-Greger, ZPO, vor § 284 RN 34).	67
Dieser Darlegungslast ist die Beklagte zu 2. weder erst- noch zweitinstanzlich nachgekommen.	68
a.	69
Soweit sie sich erstinstanzlich ausschließlich auf ein Bestreiten ihrer Passivlegitimation unter Hinweis auf die zu HRB 15575 eingereichten Gesellschafterlisten vom 26.07. und 10.08.2010 beschränkt hat, ist dies – wie zuvor dargelegt - rechtlich unerheblich.	70
b.	71
Nachdem sich die Beklagte zu 2. in der Berufungsinstanz auf entsprechenden Hinweis im Senatstermin dazu entschlossen hat, den am 18.05.2010 geschlossenen notariellen Vertrag doch noch vorzulegen, steht auf dieser Tatsachenbasis zweifelsfrei fest, dass der Vertrag – entgegen der Notarbescheinigung vom 10.08.2010 - nicht infolge des Handelns umfänglich bevollmächtigter Vertreter unmittelbar am 18.05.2010 wirksam geworden ist.	72
aa.	73
Gehandelt haben am 18.05.2010 ausschließlich Vertreter, wobei nur der auch zum Senatstermin erschienene Vertreter G eine Vollmacht für die Beklagte zu 2. vorlegen konnte.	74
Der am 18.05.2010 als Vertreter zugleich für den Nebenintervenienten und die Directors der beiden Lts. auftretende Ass. Y hat sich lediglich pauschal auf mündlich erteilte Vollmachten bezogen, wobei hinsichtlich der Vertretung der Lts. jedwede Angaben zur Person des Bevollmächtigenden sowie zu Zeit und Ort der Bevollmächtigung in der Urkunde fehlen. Im Nachhinein nachgewiesen wurden diese behaupteten mündlichen Vollmachten nicht; vielmehr finden sich unter dem Datum des 20.05.2010 lediglich Erklärungen der Vertretenen bei der Urkunde, wonach diese ausdrücklich die von Herrn Y in der streitgegenständlichen Urkunde abgegebenen Erklärungen "genehmigen". Eine ausdrückliche Bestätigung der von Herrn Y im Rahmen der Beurkundung behaupteten vor dem 18.05.2010 erteilten Vollmachten erfolgt mit den gleichlautenden Erklärungen unter dem 20.05.2010 gerade nicht. Vor dem Hintergrund, dass ausdrücklich die am 18.05.2010 abgegebenen Erklärungen genehmigt werden, handelt es sich nicht um eine Vollmachtsbestätigung, sondern um die Genehmigung vollmachtlosen Vertreterhandelns – auch wenn der Notar zugleich ermächtigt wird, "diese Genehmigung und Vollmachtsbestätigung" den übrigen Beteiligten mitzuteilen. Die pauschale	75

Erwähnung des Begriffs der Vollmachtsbestätigung und noch dazu in einem Zug mit dem der Genehmigung reicht nicht aus, um die ausdrückliche Genehmigung als gewollte Vollmachtsbestätigung zu qualifizieren, zumal jegliche Angaben (sowohl in der Urkunde vom 18.05.2010 als auch im Prozess seitens der Beklagten zu 2.) dazu fehlen, welche Vollmacht denn konkret bestätigt werden und was entgegen dem Wortlaut gerade nicht genehmigt werden sollte. Die Tatsache, dass der Notar ermächtigt wird, den übrigen Beteiligten die Genehmigung/Vollmachtsbestätigung mitzuteilen, spricht im Gegenteil ebenfalls für die Qualifizierung als Genehmigung im Rechtssinne, da eine Genehmigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist und damit dem Vertragspartner oder Vertreter, um Wirksamkeit zu entfalten, auch zugehen muss (vgl. hierzu Palandt-Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 177 RN 6).

bb. 76

Da somit anhand der überreichten Urkunde vom 18.05.2010 davon auszugehen ist, dass Ass. Y am 18.05.2010 für den Vertragspartner der Beklagten zu 2. als vollmachtloser Vertreter aufgetreten ist, ist die Beklagte zu 2. der sie treffenden Darlegungslast im Hinblick auf die Vollwirksamkeit der Abtretungen bereits am 20.07.2010 durch die bloße Überreichung des notariellen Vertrages vom 18.05.2010 einschließlich der privatschriftlichen Genehmigungen sämtlich datierend auf den 20.05.2010 nicht hinreichend nachgekommen. 77

Es ist weder von ihr schlüssig dargelegt noch sonst ersichtlich, dass bei Eintragung des Formwechsels am 20.07.2010 die erforderliche Genehmigung durch den Vertragspartner der Beklagten zu 2., konkret durch den Director der B Ltd. , nicht nur abgegeben, sondern auch den Beteiligten zugegangen war. 78

Zwar bedurfte die Vollmachtsgenehmigung gemäß § 182 Abs. 2 BGB nicht der notariellen Form, jedoch belegt die Tatsache, dass alle 3 erforderlichen Genehmigungen übereinstimmend das Datum des 20.05.2010 tragen, nicht hinreichend, dass sie auch tatsächlich an diesem Tag bereits und zufällig zeitgleich unterzeichnet wurden. Hiergegen bestehen zunächst deshalb Bedenken, weil zumindest der Nebenintervenient unter dem 20.05.2010 mehr als die beiden erforderlichen Genehmigungen abgegeben hat. So befindet sich in der Gerichtsakte (Bl. 125 GA) eine von ihm vor einem Notar in der Dominikanischen Republik unterzeichnete Genehmigung der Erklärungen, die Herr Y am 18.05.2010 für die P Ltd. abgegeben hat. Diese notariell bestätigte Erklärung ist aber der Urkunde vom 18.05.2010 nicht beigelegt. Dort befindet sich eine andere, privatschriftliche Genehmigung vom 20.05.2010, die allerdings nicht erkennen lässt, dass auch sie am 20.05.2010 in der Dominikanischen Republik unterzeichnet wurde. Das gilt ebenfalls für die weitere Erklärung des Nebenintervenienten, mit der dieser seine eigene Vertretung durch Herrn Y am 18.05.2010 genehmigt. Das wirft die Fragen auf, warum – wenn denn am 20.05.2010 in der Dominikanischen Republik von dem Nebenintervenienten 2 Genehmigungen (nämlich für sich selbst und in seiner Eigenschaft als Director der P Ltd.) unterzeichnet wurden - am 20.05.2010 nur die Unterzeichnung einer der beiden erforderlichen Genehmigungen notariell bestätigt wurde und warum dann diese eigens angefertigte notariell bestätigte Genehmigung nicht zur Urkunde vom 18.05.2010 gereicht wurde. Die gleichlautende und ebenfalls das Datum vom 20.05.2010 tragende Genehmigung des Herrn N als Director der B Ltd. lässt ebenfalls den Ort ihrer Erteilung nicht erkennen. 79

Das konkrete Datum der Abgabe der Genehmigungserklärung kann aber letztlich dahinstehen, da allein entscheidend ist, dass weder von der Beklagten zu 2. dargelegt noch sonst ersichtlich ist, dass die Genehmigung des Herrn N vor dem 20.06.2010 dem Notar L2 und/oder der Beklagten zu 2. auch zugegangen ist. 80

Die Genehmigung iSd § 177 BGB ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung; das heißt, dass sie entweder dem Vertreter oder dem Geschäftspartner bzw. hier zunächst dem Notar L2 zugehen musste, um Wirksamkeit gemäß § 184 Abs. 2 BGB entfalten zu können (vgl. hierzu Palandt-Ellenberger, aaO, § 177 RN 6). 81

Dafür, dass die Genehmigungen dem Notar vor dem 26.07.2010 zugegangen sind, ist nichts ersichtlich. Vielmehr spricht dessen Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG vom 26.07.2010 dafür, dass der Zugang erst an diesem Tag und damit zu einem Zeitpunkt erfolgte, an dem die I GmbH nicht mehr existierte. Wurden aber die Genehmigung trotz Unterzeichnung bereits am 20.05.2010 dem Notar erst 2 Monate später übermittelt, so wirft dies wiederum die Frage nach dem Grund einer verzögerten Übermittlung auf. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Tatsache der am 10.05.2010 beschlossenen Formumwandlung und deren Anmeldung zum Handelsregister in der Urkunde vom 18.05.2010 eigens Erwähnung findet, also nichts näher gelegen hätte, wenn denn eine Genehmigung bereits am 20.05.2010 erteilt wurde, diese dann auch zeitnah dem Notar L2 zu übermitteln. 82

Alle diese Umstände liegen allein in der Sphäre der Beklagten zu 2.. Ihr oblag es daher zumindest im Sinne einer sekundären Darlegungslast (wenn nicht sogar im Sinne eines erheblichen Bestreitens vor dem Hintergrund der Notarbescheinigung vom 26.07.2010 und des sich daraus zu Gunsten der Klägerin schlüssig ergebenden Zustandes der schwebenden Unwirksamkeit der Anteilsübertragungen noch am 20.07.2010) substantiiert darzulegen, dass am 20.07.2010 die (rückwirkende) Wirksamkeit der Übertragung der GmbH-Anteile bereits eingetreten war. Dieser Darlegungslast ist die Beklagte zu 2. trotz Hinweises in der mündlichen Senatsverhandlung nicht nachgekommen. Sie hat sich vielmehr noch im nach dem Senatstermin zur Akte gereichten Schriftsatz vom 13.02.2012 auf den abweichenden Rechtstandpunkt gestellt, aus der Urkunde vom 18.05.2010 und der Gesellschafterliste nebst Notarbescheinigung vom 10.08.2010 ergebe sich hinreichend die Wirksamkeit der Anteilsübertragung zum 18.05.2010. 83

Folge des unzulänglichen Vortrags der Beklagten zu 2. ist, dass ihr In-Abrede-Stellen ihrer Gesellschafterstellung entweder unerheblich und damit unbeachtlich ist oder dass bei Annahme einer (bloßen) sekundären Darlegungslast der schlüssige klägerische Vortrag gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden gilt (vgl. hierzu Zöller-Greger, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 138 RN 8b sowie vor §284 RN 34c). 84

Ob die Beklagte zu 2. schuldrechtlich aus dem (unentgeltlichen) Übertragungsvertrag verpflichtet ist, ihren GbR-Anteil an die B Ltd. abzutreten und ob dies nach dem Gesellschaftsvertrag der GbR zulässig ist, kann dahinstehen. Dass eine solche Abtretung vor Eintritt der Rechtshängigkeit am 21.10.2010 erfolgt wäre, hat die Beklagte zu 2. nicht dargelegt. Vielmehr ist auf der Basis ihres Vortrags lediglich von einer Abtretung der GmbH-Geschäftsanteile auszugehen, so dass sich ein nachträglicher Gesellschafterwechsel bei der neu entstandenen GbR, also der Beklagten zu 1., eine logische Sekunde nach Eintragung des Formwechsels auch nicht feststellen lässt – mit der Folge ihrer Einstandspflicht für die streitgegenständlichen Mieten gemäß §§ 535 Abs. 2 BGB, 128 HGB entsprechend. 85

Im Übrigen entließe sie dies auch nicht aus ihrer Haftung für die streitgegenständlichen Mietforderungen, denn infolgedessen, dass vorliegend davon auszugehen ist, dass sie am 20.07.2010 Gesellschafterin der neuen GbR und damit der Beklagten zu 1. geworden, haftet sie in jedem Fall gemäß §§ 736 Abs. 2 BGB, 160 HGB auch noch für die Verbindlichkeiten aus dem Dauerschuldverhältnis Mietvertrag, die in 5 Jahren ab Ausscheiden aus der GbR fällig werden (vgl. Palandt-Sprau, § 736 RN 10 f.; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 86

Dass – wie der im Senatstermin aufgetretene Vertreter G ausgeführt hat – die GbR-Anteile zwischenzeitlich von den beiden Ltds. weiterabgetreten wurden, ist für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ohne jede Relevanz. 87

3. 88

Die Beklagte zu 2. ist jedoch der Klägerin lediglich zum Ausgleich der offenen Kaltmieten iHv 4.018,64 € monatlich für die Gewerberäume und iHv 820,56 € monatlich für die Stellplätze, jeweils zzgl. 19% MWSt für den streitgegenständlichen Zeitraum von Febr. – Juli 2010 und damit zur Zahlung iHv insgesamt 34.551,89 € verpflichtet. 89

Da mittlerweile jedenfalls die Abrechnungsperiode für die in 2010 angefallenen Betriebskosten (vgl. § 3 MV (Bl. 9 GA): Abrechnungstichtag 31.12. jeden Jahres) abgelaufen ist, steht der Klägerin die Betriebskostenvorauszahlung nicht mehr zu. Sie hätte auf den 31.12.2010 abrechnen und den Saldo einklagen müssen. Insoweit waren folglich das erstinstanzliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. 90

4. 91

Der geltend gemachte Zinsschaden – sowie der Anspruch auf Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten nebst Zinsen – sind unter dem Gesichtspunkt des Verzuges gemäß §§ 280, 286, 288 BGB gerechtfertigt. 92

D. 93

Die Berufung, die der Nebenintervenient zu Gunsten der Beklagten zu 1. eingelegt hat, ist hinsichtlich der Zahlungsverpflichtung im selben Umfang begründet bzw. im Übrigen unbegründet. 94

I. 95

Zwar war der Nebenintervenient berechtigt, erstinstanzlich Einspruch für die Beklagte zu 1. gegen das im schriftlichen Verfahren ergangene Versäumnisurteil einzulegen. Dies erklärt sich daraus, dass es – wie zuvor dargelegt – keinen Zwischenstreit über die Zulässigkeit der Nebenintervention gegeben hat, so dass das Landgericht nicht befugt war, im Rahmen der Frage der Zulässigkeit der Einspruchseinlegung das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten zu erörtern und zu verneinen. Vielmehr hätte es von der Zulässigkeit der Nebenintervention und damit von der Zulässigkeit der Einspruchseinlegung ausgehen müssen. 96

II. 97

Dies führt aber, da die Klage gegen die Beklagte zu 1. zulässig und hinsichtlich der Kaltmieten begründet ist, lediglich dazu, dass der Tenor des erstinstanzlichen Urteils - wie geschehen – dahingehend abzuändern war, dass anstelle der Zurückweisung des Einspruchs als unzulässig auf (teilweise) Aufrechterhaltung des erstinstanzlichen Versäumnisurteils im Umfang der Begründetheit der Klage zu erkennen war. 98

Soweit der Nebenintervenient geltend gemacht hat, es fehle bereits an der Rechtshängigkeit, da die Klage der Beklagten zu 1. gar nicht wirksam zugestellt (§§ 253, 261 ZPO) sei, greift dies nicht: Die Zustellung der Klageschrift nebst Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens 99

ist für die Beklagte zu 1. an die Beklagte zu 2. als persönlich haftende Gesellschafterin erfolgt.

Dies ist grundsätzlich an sich zunächst insoweit bedenkenfrei, da Zustellungsadressat einer GbR der geschäftsführende Gesellschafter bzw. einer ihrer Gesellschafter ist (vgl. Zöller-Stöber, ZPO, § 170 RN 3, 6). 100

Damit ist durch die Zustellung der gegen die Beklagte zu 1. gerichteten Klage an die Beklagte zu 2. am 04.11.2010 Rechtshängigkeit eingetreten, da letztere zu diesem Zeitpunkt nach dem Sach- und Streitstand bei Urteilsverkündung durch den Senat noch Gesellschafterin der Beklagten zu 1. war. 101

Das Prozesshindernis fehlender Rechtshängigkeit ist zwar von Amts wegen zu prüfen; es besteht jedoch keine Amtsermittlungsverpflichtung (vgl. Zöller-Greger, vor § 253 RN 9; Zöller-Vollkommer, § 56 RN 4). Das bedeutet, dass das Gericht erst und nur soweit ermitteln muss, wie die Parteien Anhaltspunkte für das Fehlen einer Prozessvoraussetzung liefern. Daran fehlt es vorliegend. 102

Wie zuvor unter C. zur Begründetheit der Klage gegen die Beklagte zu 2. dargelegt, ist am 20.07.2010 die Beklagte zu 1., bestehend aus der Beklagten zu 2. und dem Nebenintervenienten entstanden. Dass – colorandi causa - Herr Y am 18.05.2010 nicht als umfassend Bevollmächtigter für die P Ltd. aufgetreten ist, ergibt sich bereits aus der Urkunde vom 18.05.2010 selbst; denn es fehlt seine Erklärung, von dieser auch von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden zu sein, da er lediglich eine mündliche Vollmachtserteilung behauptet hat. Dementsprechend findet sich in der Genehmigung vom 20.05.2010 seitens der P Ltd., vertreten durch den Nebenintervenienten, ausdrücklich auch (erst) die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. 103

Der Gesellschafterbestand hat sich – wie ebenfalls bereits dargelegt – wegen des Grundsatzes der Diskontinuität der Rechtsordnungen auch nicht automatisch durch ein (rückwirkendes) Wirksamwerden der Abtretung der GmbH-Anteile nach dem 20.07.2010 verändert. Dass vor dem 04.11.2010 eine Übertragung ihres GbR-Anteils seitens der Beklagten zu 2. auf die B Ltd. erfolgt wäre, wird weder von der Beklagten zu 2. noch vom Nebenintervenienten dargelegt. Vielmehr hat der im Senatstermin aufgetretene Vertreter G lediglich erklärt, dass die GbR-Anteile von den Ltds. mittlerweile weiter abgetreten worden seien. 104

Die somit zulässige Klage gegen die Beklagte zu 1. als Mieterin und Vertragspartnerin der Klägerin nach Umwandlung (sog. Grundsatz der Identität des Rechtsträgers) ist gemäß § 535 Abs. 2 BGB in dem Umfang begründet wie die Klage gegen die Beklagte zu 2.. Dementsprechend war das erstinstanzliche Versäumnisurteil iHv 34.551,89 € aufrechtzuerhalten und im Übrigen unter Abweisung der darüberhinausgehenden Klage aufzuheben. 105

E. 106

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits beruht auf den §§ 91, 101 ZPO, die über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 107

F. 108

109

Die Revision wird vom Senat nicht zugelassen. Die Voraussetzungen einer solchen Zulassung gemäß § 543 ZPO liegen nicht vor. Der Rechtsstreit besitzt keine grundsätzliche Bedeutung. Es war lediglich über die Besonderheiten eines Einzelfalls zu entscheiden. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist auch nicht zum Zwecke der Rechtsfortbildung oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten. Der Senat weicht nicht von Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte oder von einer höchstrichterlichen Rechtsprechung ab; die vom Senat entschiedenen Rechtsfragen werden auch sonst in der Literatur nicht streitig erörtert. Der vorliegende Einzelfall gibt auch keine Veranlassung, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder des Verfahrensrechts aufzuzeigen oder eine entsprechende Leitentscheidung zu erlassen (vgl. dazu Zöller-Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 543 RN 11 ff.).
