



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### VERSÄUMNISURTEIL

II ZR 314/15

Verkündet am:  
18. Oktober 2016  
Vondrasek  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

UmwG § 235; HGB § 15

- a) Beim Formwechsel einer GmbH in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts müssen weder die Gesellschaft bürgerlichen Rechts noch ihre Gesellschafter im Handelsregister eingetragen werden.
- b) Wer unrichtig als Gesellschafter einer durch Umwandlung entstandenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Handelsregister eingetragen ist, kann nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen für die Kosten eines Rechtsstreits haften, den ein Gläubiger der formwechselnden GmbH im Vertrauen auf seine Haftung als Gesellschafter gegen ihn führt.

BGH, Versäumnisurteil vom 18. Oktober 2016 - II ZR 314/15 - OLG Bremen  
LG Bremen

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Oktober 2016 durch die Richterin Caliebe als Vorsitzende und die Richter Wöstmann, Prof. Dr. Drescher, Born und Sunder

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 1. Oktober 2015 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die L. GmbH (im Folgenden: L. GmbH) war aufgrund einer Vereinbarung aus dem November 2009 verpflichtet, Mietrückstände in Höhe von 299.038,03 € in Raten an die Klägerin zu zahlen. Mit notariellen Urkunden vom 28. Juli 2010 erwarben die Beklagten die Geschäftsanteile der L. GmbH und beschlossen den Formwechsel der L. GmbH in die M. GbR. Die Eintragung des Umwandlungsbeschlusses in das Handelsregister erfolgte am 23. August 2010 mit folgendem Wortlaut:

„Die Gesellschafterversammlung vom 28.07.2010 hat die formwechselnde Umwandlung der Gesellschaft in die M. GbR (...), welche aus folgenden Gesellschaftern besteht: C. Verwaltung GmbH (...) und A. H. (...), beschlossen. Die Firma ist erloschen.“

2           Bereits zuvor hatten die Beklagten am 18. August 2010 ihre Geschäftsanteile an der L. GmbH an zwei britische Limited übertragen. Am 23. September 2010 reichte der Notar die neue Gesellschafterliste der L. GmbH mit diesen Limited bei dem Handelsregister ein. Die die Umwandlung betreffende Eintragung wurde am 6. Juli 2012 durch Entfernung der Beklagten als Gesellschafter der M. GbR berichtigt.

3           Die Klägerin verlangte mit ihrer Klage vom 4. Mai 2011 zunächst im Urkundenprozess Zahlung der aus der Ratenvereinbarung noch offenen 177.075,18 € von der M. GbR und den Beklagten. Nachdem das Landgericht in der ersten mündlichen Verhandlung vom 19. September 2011 angesichts einer durch die Beklagte zu 2 zu den Akten gereichten, vom Notar erstellten Gesellschafterliste der L. GmbH vom 18. August 2010 Zweifel an der Beweisbarkeit der Gesellschafterstellung der Beklagten durch den die Eintragung vom 23. August 2010 enthaltenden, von der Klägerin vorgelegten Handelsregisterauszug geäußert hatte, nahm die Klägerin vom Urkundenprozess Abstand. Sie stellte nicht mehr in Abrede, dass die Beklagten nicht Gesellschafter der M. GbR geworden waren, hielt dies aber aufgrund der Eintragung im Handelsregister für unerheblich. In der zweiten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 5. November 2012 nahm sie ihre Klage gegen die M. GbR, der die Klageschrift nicht zugestellt worden war, zurück, wiederholte den in der ersten mündlichen Verhandlung gestellten Antrag, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 177.075,18 € zu ver-

urteilen, und beehrte hilfsweise die Freistellung von den Kosten des Rechtsstreits.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin, mit der sie nur den Freistellungsanspruch weiterverfolgt hat, zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin.

#### Entscheidungsgründe:

5 Über die Revision ist, da die Beklagten trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsverhandlungstermin nicht vertreten waren, durch Versäumnisurteil zu entscheiden, das aber inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer sachlichen Prüfung des Antrags beruht (BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81). Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

6 I. Das Berufungsgericht (OLG Bremen, ZIP 2015, 2417) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Eine materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage für den Kostenerstattungsanspruch fehle. Weder seien die Beklagten als Gesellschafter der L. GmbH persönlich zur Zahlung der rückständigen Miete verpflichtet, weshalb sie sich auch nicht in Verzug befänden, noch seien sie jemals Gesellschafter der für die Verbindlichkeiten der L. GmbH haftenden M. GbR gewesen.

8 Ebenso wenig komme eine Haftung der Beklagten nach § 15 Abs. 3 HGB in Betracht. Bei der Eintragung der Beklagten in das Handelsregister als Gesellschafter der M. GbR handele es sich nicht um eine eintragung-

pflichtige Tatsache. Eintragungspflichtig sei nur die Umwandlung der GmbH in die Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Im Handelsregister zu dokumentieren sei der Erlöschenstatbestand der GmbH, während weder die Gesellschaft bürgerlichen Rechts noch ihre Gesellschafter der Eintragung unterlägen. Auf lediglich eintragungsfähige Tatsachen finde § 15 Abs. 3 HGB keine Anwendung.

9 II. Das Berufungsurteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Beklagten haben die Klägerin von den Kosten der Rechtsverfolgung freizustellen, die entstanden sind, weil die Klägerin auf den Rechtsschein aus der Eintragung als Gesellschafter der M. GbR in das Handelsregister vertrauen durfte.

10 1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass die Beklagten nicht als Gesellschafter der M. GbR entsprechend §§ 128 ff. HGB für die Verbindlichkeiten der L. GmbH bzw. der M.

GbR haften. Denn die Beklagten sind nicht Gesellschafter der M.

GbR, der Rechtsnachfolgerin der L. GmbH, geworden, da sie ihre Geschäftsanteile an der L. GmbH noch vor der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister übertragen haben. Der Beschluss über den Formwechsel hindert die Übertragung der Geschäftsanteile nicht (Decher/Hoger in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 202 Rn. 10 mwN). Gesellschafter der mit dem Formwechsel entstehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts werden grundsätzlich diejenigen, die im Zeitpunkt der Eintragung der neuen Rechtsform bzw. der Umwandlung (§ 235 Abs. 1 UmwG) in das Register Anteilshaber des formwechselnden Rechtsträgers sind, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG, nicht etwa diejenigen, die zum Zeitpunkt der Fassung des Umwandlungsbeschlusses Anteilshaber sind (Meister/Klöcker in Kallmeyer, UmwG, 5. Aufl., § 202 Rn. 30). Im Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung am 23. August 2010 waren die Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr Gesellschafter der form-

wechselnden L. GmbH, weil sie bereits am 18. August 2010 ihre Geschäftsanteile übertragen hatten. Dass die neue Gesellschafterliste am 23. September 2010 erst nach der Eintragung der Umwandlung zum Handelsregister eingereicht wurde, ist ohne Bedeutung für die Wirksamkeit der Übertragung der Geschäftsanteile. Nach § 16 Abs. 1 GmbHG betrifft die Gesellschafterliste die Legitimation gegenüber der Gesellschaft, aber berührt nicht die materielle Rechtsstellung als Gesellschafter (vgl. nur Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 16 Rn. 29 mwN).

11           2. Im Ergebnis ebenfalls zutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Klägerin sich zur Begründung ihres Freistellungsanspruchs nicht gemäß § 15 Abs. 3 HGB auf die Bekanntmachung der Umwandlung mit der Angabe, dass die Beklagten Gesellschafter seien, berufen kann. § 15 Abs. 3 HGB ist auf die Eintragung von Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Handelsregister nicht anwendbar, da es sich insoweit nicht um eine eintragungspflichtige Tatsache handelt.

12           a) Der Name der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Gesellschafter nach einem Formwechsel gemäß § 235 Abs. 1 UmwG sind keine eintragungspflichtigen Tatsachen. Eingetragen werden muss nach § 235 UmwG die Umwandlung der Gesellschaft im Register der GmbH als formwechselnder Gesellschaft, aber in Abweichung von § 198 Abs. 1 UmwG nicht die Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst als neue Rechtsform (vgl. Göthel in Lutter, UmwG, 5. Aufl., § 235 Rn. 10; Ihrig in Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl., § 235 Rn. 1; Dirksen/Blasche in Kallmeyer, UmwG, 5. Aufl., § 235 Rn. 2 f.; Stratz in Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 7. Aufl., § 235 UmwG Rn. 1 f.). Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unterliegt nicht der Eintragung in das Handelsregister (vgl. nur BGH, Beschluss vom 16. Juli 2001 - II ZB 23/00, BGHZ 148, 291, 294). Erst recht müssen aus diesem Grund

ihre Gesellschafter bei einem Formwechsel nicht in das Handelsregister eingetragen werden.

13            b) Auf nicht eintragungspflichtige Tatsachen findet § 15 Abs. 3 HGB keine Anwendung (Koch in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 15 Rn. 100; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 15 Rn. 5, 16; Gehrlein in Ebenroth/ Boujong/ Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 15 Rn. 25; Ries in Röhrich/Graf von Westphalen/ Haas, HGB, 4. Aufl., § 15 Rn. 35; Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, 2. Aufl., § 15 Rn. 23; Oetker/Preuß, HGB, 4. Aufl., § 15 Rn. 55). Das folgt schon aus dem Wortlaut. § 15 Abs. 3 HGB setzt eine einzutragende Tatsache voraus. Die Vorschrift ist auch nicht mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit des auf eine unrichtige Eintragung und Bekanntmachung nur eintragungsfähiger Tatsachen Vertrauenden entsprechend anzuwenden (so aber MünchKommHGB/Krebs, 4. Aufl., § 15 Rn. 87; Roth in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Aufl., § 15 Rn. 27; Bürck, AcP 171 [1971], 328, 342). Eine solche Schutzlücke besteht nicht. Derjenige, der auf nicht eintragungspflichtige Tatsachen vertraut, kann einen Anspruch nach allgemeinen Rechtsscheingrundsätzen haben (Koch in Großkomm.HGB, 5. Aufl., § 15 Rn. 117; Oetker/Preuß, HGB, 4. Aufl., § 15 Rn. 54; Gehrlein in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl., § 15 Rn. 24, 38; Ries in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl., § 15 Rn. 33, 44).

14            Zum Schutz der Gläubiger der formwechselnden Gesellschaft muss beim Formwechsel in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch nicht § 235 Abs. 1 UmwG in richterlicher Rechtsfortbildung dahin ergänzt werden, dass in Analogie zu § 47 Abs. 2 GBO der Name bzw. die Bezeichnung der Gesellschaft und deren Gesellschafter im Handelsregister des formwechselnden Rechtsträgers einzutragen sind, um so § 15 Abs. 3 HGB auch für den Fall der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nutzbar zu machen (so aber Priester, GmbHR 2015, 1289, 1291; Melchior, EWiR 2016, 41). Dass

der Gläubiger einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Namen der Gesellschafter nicht kennt, weil sie nicht in einem öffentlichen Register verzeichnet sind, ist keine Besonderheit des Formwechsels einer GmbH in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Vielmehr ist beim Formwechsel die Kenntnis von Namen und Anschrift der Gesellschafter sogar erleichtert, weil der Gläubiger Einsicht in die letzte Gesellschafterliste der formwechselnden GmbH nehmen und dadurch in der Regel Namen und Wohnort der Gesellschafter der entstandenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfahren kann. Zwar kann der Formwechsel in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine stille Liquidation einer insolvenzreifen GmbH erleichtern. Die Angabe der Gesellschafter im Handelsregister im Zusammenhang mit der Umwandlung ist aber gegenüber den Angaben in der Gesellschafterliste nicht geeignet, die stille Liquidation zu verhindern oder wesentlich zu erschweren bzw. die Rechtsverfolgung durch einen Gläubiger der GmbH zu erleichtern. Es besteht schließlich auch kein Bedarf, über § 15 Abs. 3 HGB eine Rechtsscheinhaftung für einen Gläubiger der GmbH zu eröffnen, der auf eine (unrichtige) Benennung der Gesellschafter im Zusammenhang mit der Umwandlung vertraut, weil insoweit auf die allgemeinen Rechtsscheingrundsätze zurückgegriffen werden kann.

- 15            3. Die Beklagten haften aber für die Kosten der Rechtsverfolgung, die aufgrund des von ihnen zu verantwortenden Rechtsscheins, der sich aus ihrer Eintragung als Gesellschafter der M.            GbR in das Handelsregister ergibt, entstanden sind. Personen können als Scheingesellschafter nach Rechtsscheingrundsätzen haften, wenn sie in zurechenbarer Weise den Rechtsschein einer existierenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihrer Zugehörigkeit zu dieser Gesellschaft gesetzt haben oder gegen den durch einen anderen gesetzten Rechtsschein nicht pflichtgemäß vorgegangen sind und der Dritte sich bei seinem geschäftlichen Verhalten auf den Rechtsschein verlassen hat (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1955 - I ZR 82/53, BGHZ 17, 13, 19;



Urteil vom 24. Januar 1978 - VI ZR 264/76, BGHZ 70, 247, 249; Urteil vom 24. Januar 1991 - IX ZR 121/90, NJW 1991, 1225 f.; Urteil vom 8. Juli 1999 - IX ZR 338/97, NJW 1999, 3040, 3041; Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 359; Urteil vom 1. Juni 2010 - XI ZR 389/09, NJW 2011, 66 Rn. 23; Urteil vom 17. Januar 2012 - II ZR 197/10, ZIP 2012, 369 Rn. 19).

16 a) Die Beklagten haben objektiv einen ihnen zurechenbaren Rechts-scheintatbestand gesetzt. Zum Zeitpunkt der Erhebung der auf Begleichung der noch offenen Hauptforderung aus der Ratenzahlungsabrede gerichteten Klage waren die Beklagten infolge der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses als Gesellschafter der M. GbR in das Handelsregister eingetragen. Dies war ihnen, wie sich nicht zuletzt aus dem Vortrag der Beklagten zu 2 zu dem Versuch, rund drei Monate nach der fehlerhaften Eintragung eine Änderung zu erreichen, ergibt, bekannt. Außerdem hat die Klägerin unter Vorlage der Handelsregistereintragung unbestritten vorgetragen, sie habe die Beklagten, bezugnehmend auf deren Stellung als persönlich haftende Gesellschafter der M. GbR, vor Klageerhebung unter Fristsetzung zur Zahlung aufgefordert. Angesichts der den Beklagten bekannten Eintragung hätte spätestens daraufhin Anlass für sie bestanden, die Klägerin auf die fehlende Gesellschafterstellung aufmerksam zu machen.

17 b) Die Klägerin wiederum konnte sich durch diese Eintragung veranlasst sehen, die Klage auch gegen die Beklagten zu erheben. Da es sich bei den Verbindlichkeiten der L. GmbH um Verbindlichkeiten der formgewechselten M. GbR handelt (vgl. Meister/Klöcker in Kallmeyer, UmwG, 5. Aufl., § 202 Rn. 43), hätten deren wirkliche Gesellschafter hierfür nach § 128 HGB, jedenfalls analog § 130 HGB einzustehen gehabt (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 2003 - II ZR 56/02, BGHZ 154, 370, 373 ff.).

18 c) Die Beklagten haften insoweit, als der von ihnen zurechenbar hervorgerufene Rechtsschein die Klägerin zu Fehldispositionen veranlasst hat (Habersack in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 130 Rn. 3), auch wenn sie - wie aufgrund der Abweisung des Hauptantrags rechtskräftig feststeht - nicht für die Verbindlichkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts haften. Zu diesen Folgen des Rechtsscheins gehören die Kosten eines gegen die Scheingesellschafter im Vertrauen auf ihre Gesellschafterstellung angestrebten Rechtsstreits (Deckenbrock/Meyer, ZIP 2014, 701, 704; vgl. für die Kosten eines Rechtsstreits gegen die „Scheingesellschaft“ BGH, Urteil vom 12. Juli 2012 - AnwZ (Brfg) 37/11, BGHZ 194, 79 Rn. 37).

19 III. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

20 1. Die Beklagten haften nur für die Kosten der Rechtsverfolgung, die entstanden sind, weil die Klägerin auf den Rechtsschein, der mit der Eintragung der Beklagten als Gesellschafter verbunden war, vertraut hat und vertrauen durfte. Soweit Kosten dadurch entstanden sind, dass die Klägerin das Verfahren fortgesetzt hat, obwohl sie Kenntnis davon hatte oder sich einer Kenntnis ohne grobe Fahrlässigkeit nicht verschließen konnte, dass die Beklagten nicht Gesellschafter der M. GbR geworden sind, hat diese die Klägerin dagegen selbst zu tragen.

21 2. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ab welchem Zeitpunkt die Klägerin gesicherte Kenntnis davon hatte oder sich der Kenntnis jedenfalls nicht grob fahrlässig verschließen konnte, dass die Beklagten nicht Gesellschafter der M. GbR geworden sind. Der Senat kann entsprechende Feststellungen anhand der vorgelegten Unterlagen schon

deshalb nicht selbst treffen, weil den Parteien dazu noch Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag und zur Stellungnahme zu gewähren ist.

IV. Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen dieses Versäumnisurteil kann die säumige Partei innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung des Versäumnisurteils beginnt, schriftlich Einspruch durch eine von einer beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältin oder einem beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnete Einspruchsschrift beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45a, 76133 Karlsruhe (Postanschrift: 76125 Karlsruhe) einlegen.

Caliebe

Wöstmann

Drescher

Born

Sunder

Vorinstanzen:

LG Bremen, Entscheidung vom 03.12.2012 - 4 O 735/11 -

OLG Bremen, Entscheidung vom 01.10.2015 - 5 U 21/14 -