



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **VERSÄUMNISURTEIL**

VIII ZR 306/99

Verkündet am:  
25. Oktober 2000  
Mayer,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 2000 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Beyer, Dr. Leimert, Wiechers und Dr. Wolst

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 18. November 1999 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger begehrt von den Beklagten die Zahlung des Kaufpreises in Höhe von 116.011,75 DM nebst Zinsen und Mahnkosten für vier vom Beklagten zu 2 mündlich bestellte C. -Neufahrzeuge.

Die C. Deutschland AG vertreibt die Kraftfahrzeuge der Marke C. in Deutschland über sogenannte "A-Händler" (Vertragshändler) und "B-Händler". Die "B-Händler" sind jeweils einem "A-Händler" zugeordnet, über den

sie die zu vertreibenden Fahrzeuge beziehen. Sie werden dabei als Verkaufskommissionäre der "A-Händler" auf Provisionsbasis tätig. Der Abschluß eines "B-Händlervertrags" mit einem "A-Händler" bedarf der Zustimmung der C. Deutschland AG.

Der Kläger ist "A-Händler" für C. Fahrzeuge. Anfang 1993 plante der Beklagte zu 2 im Zusammenhang mit der Anpachtung einer Tankstelle nebst Reparaturwerkstatt die Gründung eines Unternehmens, welches "B-Händler" für C. -Fahrzeuge werden sollte. Der Kläger versprach dem Beklagten mit Schreiben vom 12. Januar 1993, sich bei der C. Deutschland AG für die Genehmigung eines "B-Händlervertrages" einzusetzen. Er bot dem Beklagten zu 2 bis zum Zustandekommen dieses Vertrags eine lose Zusammenarbeit an, in deren Rahmen der Beklagte zu 2 schon Fahrzeuge verkaufen und reparieren könne; Ausstellungsfahrzeuge könne er dem Beklagten zu 2 aber erst bei "grünem Licht von C. " liefern, jedoch wolle er ihm jeweils kostenlos Fahrzeuge für Probefahrten zur Verfügung stellen. Entsprechend dem Inhalt dieses Schreibens wurde zunächst verfahren; der Kläger erteilte dem Beklagten zu 2 für den Verkauf jedenfalls eines Fahrzeuges eine Provisionsabrechnung.

Am 26. Januar 1993 bestellte der Beklagte zu 2 mündlich beim Kläger drei C. -Fahrzeuge. Am 27. Januar 1993 gründete der Beklagte zu 2 die Beklagte zu 1. Zwei weitere C. -Fahrzeuge bestellte der Beklagte zu 2 beim Kläger am 2. Februar 1993 ebenfalls mündlich. Die Beklagte zu 1 wurde am 5. März 1993 ins Handelsregister eingetragen; mittlerweile ist sie gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 LöschG aufgelöst und am 4. Februar 1998 wegen Vermögenslosigkeit im Handelsregister gelöscht worden. Die vom Beklagten zu 2 bestellten Fahrzeuge wurden im März und April 1993 geliefert. Eines dieser Fahr-

zeuge nahm der Kläger später zurück, die übrigen vier Fahrzeuge wurden teilweise im Betrieb der Beklagten zu 1 genutzt.

Der Abschluß des "B-Händlervertrags" mit dem Kläger verzögerte sich. Die Beklagte zu 1 schloß am 28. Juni 1993 einen "B-Händlervertrag" mit einem anderen "A-Händler"; den beabsichtigten Vertragsschluß hatte der Beklagte zu 2 dem Kläger zuvor mitgeteilt und gleichzeitig die Rückgabe der vier vom Kläger bezogenen Fahrzeuge angekündigt. Am 30. Juni 1993 erteilte der Kläger der Beklagten zu 1 Rechnungen für die vier Fahrzeuge über insgesamt 116.011,75 DM. Der Beklagte zu 2 stellte die Wagen am ersten Juli-Wochenende 1993 auf dem Betriebsgelände des Klägers ab und warf die Schlüssel in den Briefkasten. Nach einem vom Kläger zur Beweissicherung eingeholten Gutachten weisen die vier Fahrzeuge Gebrauchsspuren und teilweise reparaturbedürftige Beschädigungen auf. Der Kläger fordert von den Beklagten Zahlung von 116.011,75 DM nebst Zinsen und Mahnkosten. Er macht geltend, der Beklagte zu 2 habe die vier Fahrzeuge für die noch zu gründende Beklagte zu 1 gekauft; der Kaufpreis habe bezahlt werden sollen, sobald die Beklagte zu 1 "B-Händlerin" geworden sei. Hilfsweise macht der Kläger Ansprüche auf Erstattung der Kosten für die Reparatur, Begutachtung und Verwahrung der Fahrzeuge sowie auf Ausgleich von Wertminderung geltend.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; es ist aufgrund der Aussage des von ihm vernommenen Zeugen S. der Überzeugung gewesen, daß ein Kaufvertrag über die vier C. -Fahrzeuge zwischen den Parteien zustande gekommen ist.

Das Oberlandesgericht hat durch Urteil vom 19. März 1998 die Klage abgewiesen. Es hat ohne Beweisaufnahme den Abschluß eines Kaufvertrages über die vier Fahrzeuge als nicht bewiesen erachtet und ausgeführt: Gegen

den Abschluß eines Kaufvertrages spreche schon das eigene Vorbringen des Klägers, wonach die Bestellung der vier Fahrzeuge im Vorgriff auf den beabsichtigten und von den Parteien damals auch erwarteten wirksamen Abschluß eines "B-Händlervertrags" zwischen dem Kläger und der künftigen Beklagten zu 1 erfolgt sei. Hieraus sei zu schließen, daß die Bestellung der Fahrzeuge in der gleichen Weise habe erfolgen und abgewickelt werden sollen, wie wenn bereits ein wirksamer "B-Händlervertrag" bestünde. In den im C. - Vertriebsystem verwendeten "B-Händlerverträgen" sei aber nicht ein Kauf von C. - Fahrzeugen seitens des "B-Händlers", sondern vielmehr deren Vertrieb im Rahmen eines Kommissionsverhältnisses vorgesehen. Gegen den Abschluß eines Kaufvertrags spreche auch die Bekundung des vom Landgericht vernommenen Zeugen S. , des ehemaligen Verkaufsleiters des Klägers. Hinsichtlich der hilfsweise geltend gemachten Ersatzansprüche des Klägers sei das Klagevorbringen nicht schlüssig; insbesondere habe der Kläger nicht dargetan, daß er Eigentümer der vier Fahrzeuge gewesen sei.

Diese Entscheidung des Oberlandesgerichts hat der Senat mit Urteil vom 2. Juni 1999 (NJW 1999, 2972) aufgehoben. Zur Begründung hat der Senat unter anderem ausgeführt:

Die Klage sei auch bezüglich der Beklagten zu 1 nach wie vor zulässig. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei anerkannt, daß die Parteifähigkeit einer juristischen Person durch ihre Liquidation und anschließende Löschung im Handelsregister dann nicht beeinträchtigt werde, wenn noch Anhaltspunkte für das Vorhandensein von verwertbarem Vermögen bestünden. So sei es hier.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, der unstreitige Sachverhalt und das Beweisergebnis reiche für die Feststellung eines Kaufvertrages über die

streitigen vier Fahrzeuge nicht aus, beruhe auf Verfahrensfehlern. Das Berufungsgericht sei zu seinem Ergebnis, das Zustandekommen eines Kaufvertrages sei nicht festzustellen, ohne erneute Vernehmung des Zeugen S. gekommen. Nach § 398 Abs. 1 ZPO und der hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze stehe zwar die wiederholte Vernehmung eines Zeugen grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts. Dieses pflichtgebundene Ermessen unterliege aber Einschränkungen. Danach sei eine erneute Vernehmung des Zeugen - unter anderem - dann geboten, wenn das Berufungsgericht die protokollierte Aussage anders verstehen oder ihr ein anderes Gewicht beimessen will als die Vorinstanz. Bei seiner Beweiswürdigung wiederhole das Oberlandesgericht in den Entscheidungsgründen seines Urteils im wesentlichen die bereits im Urteil des Landgerichts wiedergegebenen und dort ebenfalls gewürdigten Passagen der protokollierten Aussage des Zeugen S. , entnehme aber den Bekundungen des Zeugen insgesamt eine Bestätigung seiner Ansicht, eine entgeltliche Übernahme sei nicht, auch nicht aufschiebend bedingt, erfolgt. Weshalb das Oberlandesgericht die Aussagen des Zeugen S. mit Blick auf das Beweisthema anders bewerte als das Landgericht, werde in den Entscheidungsgründen nicht mitgeteilt. Die vom Ergebnis des Landgerichts abweichende Beurteilung der Zeugenaussage durch das Oberlandesgericht sei nur dadurch erklärbar, daß es entweder die protokollierte Aussage anders verstanden habe oder aber ihr ein anderes Gewicht beigemessen habe als die erste Instanz. Das sei aber ohne eine erneute Vernehmung des Zeugen nicht zulässig gewesen. Wegen dieses Verfahrensfehlers hat der Senat die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Durch das angefochtene Urteil hat das Oberlandesgericht die Klage gegen die Beklagte zu 1 als unzulässig und gegen den Beklagten zu 2 als unbe-

gründet abgewiesen. Hiergegen hat der Kläger Revision eingelegt, mit der er die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.

Im Senatstermin vom 25. Oktober 2000, zu dem die Beklagten ordnungsgemäß geladen worden sind, haben diese sich nicht durch einen beim Revisionsgericht zugelassenen Prozeßbevollmächtigten vertreten lassen. Der Kläger hat den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision, über die durch Versäumnisurteil zu entscheiden war, hat Erfolg. Die Entscheidung beruht jedoch auf sachlicher Prüfung und nicht auf der Säumnis der Beklagten (BGHZ 37, 79, 81 f).

##### I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Klage sei unzulässig, soweit sie sich gegen die Beklagte zu 1 richte. Die Beklagte zu 1 habe durch die Löschung im Handelsregister ihre Rechts- und damit ihre Parteifähigkeit verloren. Einer der von der Rechtsprechung ausnahmsweise anerkannten Fälle einer fingierten Parteifähigkeit liege nicht vor. Die Feststellung des Revisionsgerichts, es bestünden noch Anhaltspunkte für das Vorhandensein von verwertbarem Vermögen, weshalb die Parteifähigkeit nicht beeinträchtigt sei, sei nicht nachzuvollziehen. Der Kläger habe jedenfalls zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr geltend gemacht, daß bei der Beklagten zu 1 noch heute verwertbares Vermögen vorhanden sei. Insofern sei jedenfalls von einer Änderung des Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht gegenüber dem Wissensstand des Revisionsgerichts auszugehen.

Soweit sich die Klage gegen den Beklagten zu 2 richte, sei sie unbegründet. Diesem Beklagten fehle jedenfalls die Passivlegitimation. Ob tatsächlich ein Kaufvertrag zustande gekommen sei, könne letztlich dahinstehen. Wenn ein solcher Vertrag zustande gekommen sein sollte, sei daraus für die Zeit ab Eintragung der Beklagten zu 1 im Handelsregister nur sie und nicht auch der Beklagte zu 2 gegenüber dem Kläger verpflichtet. Der Beklagte zu 2 habe die vier Fahrzeuge für das von ihm bereits gegründete Unternehmen gekauft. Dem Kläger sei auch bekannt gewesen, daß der Beklagte zu 2 nicht für sich selbst habe handeln wollen. Soweit der Beklagte zu 2 vor der Eintragung der Beklagten zu 1 in deren Namen gehandelt habe, habe er zwar persönlich gehaftet gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG, die dadurch möglicherweise zu seinen Lasten begründeten Verbindlichkeiten seien jedoch auf die Beklagte zu 1 übergegangen, nachdem sie durch die Eintragung entstanden sei. Damit sei die Haftung des Beklagten zu 2 erloschen. Einen Fall, in dem die nach § 11 Abs. 2 GmbHG begründete Haftung des Handelnden ausnahmsweise bestehen bleibe, habe der Kläger nicht dargetan.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Oberlandesgericht hat rechtsfehlerhaft der Berufung der Beklagten stattgegeben und die Klage abgewiesen.

1. Das Oberlandesgericht hat bei seiner Begründung der Unzulässigkeit der Klage gegen die Beklagte zu 1 übersehen, daß der erkennende Senat in seinem in diesem Verfahren ergangenen Urteil vom 2. Juni 1999 entschieden hat, die abgeschlossene Liquidation der Erstbeklagten und ihre anschließende Löschung im Handelsregister der fortdauernden Zulässigkeit stehe der Klage nicht entgegen. Unzutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei an die rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts (§ 565 Abs. 2 ZPO) schon



deshalb nicht gebunden, weil der Kläger jedenfalls zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat des Berufungsgerichts nicht mehr geltend gemacht habe, daß bei der Beklagten zu 1 noch heute verwertbares Vermögen vorhanden sei, und insofern von einer Änderung des Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht gegenüber dem Wissensstand des Revisionsgerichtes auszugehen sei. Eine Änderung des Sachverhaltes in tatsächlicher Hinsicht ist nach der Revisionsentscheidung nicht erfolgt. Die Parteien haben in der Berufungsinstanz schriftsätzlich nicht mehr vorgetragen. Ein mündlicher Vortrag, der zu einer Änderung des Sachverhaltes hätte führen können, ist aus dem Protokoll des Berufungsgerichts über die letzte mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1999 nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht mußte deshalb seiner Entscheidung schon wegen der Bindungswirkung des Senatsurteils vom 2. Juni 1999 zugrunde legen, daß die Beklagte zu 1 ihre Parteifähigkeit nicht verloren hat und die Klage somit auch bezüglich der Beklagten zu 1 nach wie vor zulässig ist.

2. Das Berufungsgericht hat bei seiner Beurteilung, der Beklagte zu 2 sei für die vom Kläger geltend gemachten vertraglichen Ansprüche auf Kaufpreiszahlung und Schadensersatz jedenfalls nicht passivlegitimiert, den Prozeßstoff nicht hinreichend beachtet (§ 286 ZPO).

Zu Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht davon ausgeht, nach dem Vortrag des Klägers sei zum Zeitpunkt des Kaufes aller vier Fahrzeuge das Unternehmen, für welches der Kauf getätigt werden sollte, bereits gegründet gewesen. Ausweislich des Handelsregistrauszugs vom 28. Februar 1994 hat der Beklagte zu 2 jedoch die Beklagte zu 1 als Alleingesellschafter erst am 27. Januar 1993 errichtet. Das Gespräch des Klägers mit dem Beklagten zu 2, in dem - nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag des

Klägers - die Beklagten drei der vier Fahrzeuge (Pkw C zum Preis von 19.565,75 DM, Pkw Marke C Luxusbus zum Preis von 39.372,60 DM und Pkw Marke Z , , 1,4 l zum Preis von 20.889,55 DM) kauften, wurde aber unstreitig bereits am 26. Januar 1993 und damit einen Tag vor Errichtung der Beklagten zu 1 geführt.

Die von dem Berufungsgericht herangezogene Rechtsprechung, wonach ebenso wie die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG eine Haftung der Gründer als Mitglieder der Vorgesellschaft grundsätzlich mit der Eintragung der GmbH endet (BGHZ 80, 129, 144), ist auf die Verbindlichkeiten aus der Vorgründungszeit, die der Beklagte zu 2 bezüglich dieser drei Fahrzeuge nach der Behauptung des Klägers eingegangen ist, nicht anwendbar (BGH, Urteil vom 20. Juni 1983 - II ZR 200/82, NJW 1983, 2822 unter 4). Die eine spätere Tätigkeit der GmbH vorbereitende Vorgründungsgesellschaft ist mit der nach notarieller Beurkundung entstehenden Vorgesellschaft und deswegen auch mit der aus dieser hervorgehenden GmbH nicht identisch (BGH, Urteil vom 7. Oktober 1991 - II ZR 252/90, NJW 1992, 362 unter 4). Rechte und Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft gehen, da GmbH-Recht noch nicht gilt, nicht automatisch mit der GmbH-Gründung auf die Vorgesellschaft oder später auf die GmbH über, sondern müssen, wenn sie in die GmbH eingebracht werden sollen, durch besonderes Rechtsgeschäft übertragen werden (BGHZ 91, 148, 151). Anders als für Schulden der Vorgesellschaft erlischt die persönliche Haftung der Gesellschafter aus Geschäften der Vorgründungsgesellschaft, wenn nicht etwas anderes mit dem Geschäftspartner vereinbart ist, grundsätzlich nicht mit Gründung oder Eintragung der GmbH (BGH, Urteil vom 20. Juni 1983 aaO unter 4). Entsprechendes gilt für die hier vorliegende Einmann-Gründung (BGH, Urteil vom 22. Juni 1992 - II ZR 30/91, NJW 1992, 2698 unter I). Verbindlichkeiten, die der Beklagte zu 2 als Inhaber des Unternehmens

- eines der Fahrzeuge hat er nach dem Vorbringen des Klägers für private Zwecke erworben - vor Errichtung der Vorgesellschaft begründet hat, gehen nicht ohne weiteres auf die Vorgesellschaft über, auch nicht auf die GmbH mit ihrer Eintragung im Handelsregister (Hueck in Baumbach-Hueck, GmbHG, 16. Aufl., § 11 Rdnr. 39). Da die Beklagte zu 1 erst am 27. Januar 1993 errichtet worden ist, scheidet eine Haftung des Beklagten zu 2 für am 26. Januar 1993 begründete Kaufpreisverbindlichkeiten, soweit sie auf seine Eigenschaft als Gründer der Einmann-GmbH gestützt wird, nicht ohne eine entsprechende Übereinkunft mit dem Kläger aus (BGH, Urteil vom 20. Juni 1983 aaO).

III. Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben. Die Sache ist an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen, damit zunächst zu den Fragen, ob ein Kaufvertrag zustande gekommen ist und wer gegebenenfalls für die Verpflichtungen hieraus aufzukommen hat, die notwendigen Feststellungen

getroffen werden können. Hilfsweise ist noch über den in zweiter Linie geltend gemachten Schadensersatzanspruch zu entscheiden. Bei der Zurückverweisung hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Dr. Deppert

Dr. Beyer

Dr. Leimert

Wiechers

Dr. Wolst