

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 166/69

URTEIL

Verkündet am

22. November 1971
Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Felix F [REDACTED], Fr [REDACTED],
A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. den Betriebsoberaufseher a. D. Paul K [REDACTED],
2. die Ehefrau Emma K [REDACTED] geb. St [REDACTED],
3. die Witwe Elisabeth Sch [REDACTED] geb. K [REDACTED],
sämtliche wohnhaft N [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],
4. die Ehefrau Elfriede Ko [REDACTED] geb. K [REDACTED], wohnhaft
N [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED].
[REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze. Fleck und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 11. April 1969 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger haben im Jahre 1964 mit der GEMKO Gem[REDACTED] & Ko[REDACTED] oHG einen von dem Notar E[REDACTED] beurkundeten Vertrag über den Erwerb eines der Gesellschaft gehörenden Grundstücks einschließlich eines darauf zu erstellenden GEMKO-Fertighauses geschlossen. Der Vertrag wurde von der Gesellschaft nicht erfüllt; am 28. April 1967 erklärte die inzwischen an ihre Stelle getretene GEMKO Gem[REDACTED] & Ko. oHG den Rücktritt vom Vertrage und veräußerte das Grundstück am 29. April 1967 anderweitig. Die Kläger halten den Rücktritt für unbegründet und haben die Gesellschaft sowie den Beklagten und Gem[REDACTED] als persönlich haftende Gesellschafter wegen Vertragsverletzung auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

- 3 -

Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft waren ursprünglich Gerhard Gem[REDACTED] und Wolfgang Ko[REDACTED]. Am 17. November 1966 schied Ko[REDACTED] aus der Gesellschaft aus, und Gem[REDACTED] führte das Geschäft unter Übernahme sämtlicher Aktiva und Passiva zunächst allein weiter. Am 1. Januar 1967 trat der Beklagte als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft ein, erklärte aber bereits am 20. März 1967 die Anfechtung des Gesellschaftsvertrages wegen arglistiger Täuschung; in einem gegen Gem[REDACTED] anhängig gemachten Rechtsstreit einigte er sich mit diesem am 1. April 1968 vergleichsweise dahin, daß sein Beitritt nichtig und die offene Handelsgesellschaft niemals entstanden sei. Der Beklagte ist der Meinung, aus diesem Grunde für die Forderung der Kläger nicht persönlich zu haften. Er hat deshalb beantragt, die gegen ihn gerichtete Klage abzuweisen, hilfsweise, ihn in erster Linie nur Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche der Kläger gegen den früheren Gesellschafter Ko[REDACTED] und in zweiter Linie nur Zug um Zug gegen Abtretung ihrer Schadensersatzansprüche gegen den Notar E[REDACTED] zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teilbetrag stattgegeben und die Gesellschaft, Gem[REDACTED] und den Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger 40.702,42 DM nebst Zinsen und an das Landesversorgungsamt Hessen 6.997,05 DM zu zahlen. Die Gesellschaft und Gem[REDACTED] haben das Urteil nicht angefochten. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.



Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag, die Klage abzuweisen, unter Aufrechterhaltung seines Hilfsantrages weiter. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der - der Höhe nach nicht mehr streitigen - Schadensersatzbeträge aus dessen persönlicher Haftung für die Verbindlichkeiten der GEMKO Gem[REDACTED] und Ko. oHG hergeleitet. Hiergegen läßt sich aus Rechtsgründen nichts einwenden.

1. Bei den Ansprüchen der Kläger handelt es sich um Schadensersatzforderungen, die sie gegen die Gesellschaft erworben haben. Ihre Rechte beruhen auf dem Vertrag, den sie im Jahre 1964 mit der GEMKO Gem[REDACTED] & Ko. oHG geschlossen haben. Dieses Rechtsverhältnis bestand mit Gem[REDACTED] allein fort, als er das Gesellschaftsunternehmen mit dem Ausscheiden des Gesellschafters Ko. am 17. November 1966 ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven übernommen hatte (vgl. BGHZ 48, 203, 206). In dieses Einzelhandelsgeschäft ist der Beklagte am 1. Januar 1967 eingetreten. Damit ist die GEMKO Gem[REDACTED] & Ko. oHG entstanden. Auf diese gingen nach § 28 HGB die mit dem Unternehmen zusammenhängenden Forderungen und Verbindlichkeiten über. Mit dem Übergang der Geschäftsschulden auf die Gesellschaft wurde den Geschäftsgläubigern der Zugriff nicht nur auf das Gesellschaftsvermögen, sondern auch auf das Vermögen des Beklagten als persönlich haftenden Gesellschafter eröffnet (§ 128 HGB). Entgegen

der Auffassung der Revision erstreckt sich diese Haftung auf alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft und nicht nur auf die nach der Entstehung der Gesellschaft begründeten. Der neue Gesellschafter muß in gleichem Maße wie die Gesellschaft für Schadensersatzansprüche eintreten, die sich aus der Nichterfüllung von übernommenen Vertragspflichten der Gesellschaft ergeben.

Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht angenommen, daß der Beklagte den Klägern für den Schaden hafte, der diesen durch die anderweitige Veräußerung des ihnen rechtswirksam verkauften Grundstücks entstanden ist.

2. Den Ansprüchen der Kläger steht nicht entgegen, daß der Beklagte den Gesellschaftsvertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten hat.

Nach den im Berufungsurteil getroffenen Feststellungen ist die Gesellschaft vor der Anfechtung werbend tätig geworden und damit in Vollzug gesetzt worden. Das Berufungsgericht hat deshalb zutreffend die für die fehlerhafte Gesellschaft geltenden Grundsätze angewandt und angenommen, daß die am 20. März 1967 erfolgte Anfechtung des Gesellschaftsvertrages nicht zur rückwirkenden Vernichtung der Gesellschaft und der Gesellschaftserstellung des Beklagten geführt hat. Der Eintritt des Beklagten in das Geschäft Gem[REDACTED] und das dadurch begründete Gesellschaftsverhältnis sind vielmehr als rechtlich wirksam anzusehen und nur mit Wirkung für die Zukunft vernichtbar.

Gegenüber den hiernach eingreifenden Haftungsbestimmungen der §§ 28, 128 HGB kann nicht geltend gemacht werden, die Kläger hätten den hier in Frage stehenden Vertrag nicht im Vertrauen auf die Gesellschafterstellung des Beklagten abgeschlossen und aufrechterhalten, sie seien somit im Vergleich zu dem arglistig getäuschten Beklagten nicht schutzwürdig. Die fehlerhafte Gesellschaft ist bis zu ihrer Beendigung und Auflösung eine voll wirksame Gesellschaft und unterscheidet sich im Rechtsverkehr nicht von der fehlerfreien Gesellschaft (Fischer in Großkomm. HGB 3. Aufl. § 105 Anm. 104, § 130 Anm. 28). Eine Heranziehung des Vertrauensgrundsatzes im Einzelfall scheidet aus; die Haftung der Gesellschaft folgt unmittelbar aus den §§ 105 ff HGB und die der Gesellschafter aus den §§ 128 ff HGB. Eine andere Beurteilung würde das Rechtsinstitut der fehlerhaften Gesellschaft, das in jahrzehntelanger Entwicklung in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft allgemein Anerkennung gefunden hat (vgl. hierzu Fischer aaO § 105 Anm. 68), wieder in Frage stellen. Der erkennende Senat hat demgemäß zu § 130 HGB ausgesprochen, daß er uneingeschränkt Anwendung finde, wenn ein Gesellschafter rechtlich fehlerhaft in eine wirksame offene Handelsgesellschaft eintrete (BGHZ 44, 235). Aus den gleichen Gründen muß die Vorschrift des § 28 HGB ohne Rücksicht auf ein schutzwertes Vertrauen des einzelnen Gesellschaftsgläubigers angewendet werden, wenn jemand rechtlich fehlerhaft als persönlich haftender Gesellschafter in das Geschäft eines Einzelkaufmanns eintritt.

3. Der Beklagte kann den Klägern gegenüber nicht geltend machen, er habe sich mit Gem[REDACTED] dahin geeinigt, daß sein Beitritt nichtig und die Gesellschaft von vornherein nicht entstanden sei.

Nach § 128 Satz 2 HGB ist eine der gesetzlichen Haftung der Gesellschafter entgegenstehende Vereinbarung Dritten gegenüber unwirksam. Durch Vereinbarung der Gesellschafter untereinander kann deshalb die Haftung nur im Innenverhältnis, nicht aber mit Wirkung gegenüber den Gläubigern, eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Das gilt auch dann, wenn ein Gesellschafter - wie hier der Beklagte - dadurch von der persönlichen Haftung freigestellt worden ist, daß die Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis durch Vertrag rückwirkend aufgehoben haben.

II. Das Berufungsgericht hat die Hilfsanträge des Beklagten zu Recht für unbegründet gehalten.

1. Erfolglos wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht dem Antrag des Beklagten, ihn nur Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche der Kläger gegen den früheren Gesellschafter Ko. zu verurteilen, nicht stattgegeben hat. Ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus § 255 BGB noch aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, da Ko. und der Beklagte den Klägern als Gesamtschuldner haften und sich infolgedessen aus § 426 BGB ergibt, ob und inwieweit der Beklagte im Falle der Befriedigung der Kläger von Ko. einen Ausgleich verlangen kann. Die gesamtschuldnerische Haftung folgt zwar nicht aus § 128 HGB, weil Ko. und der Beklagte nicht ein und derselben Gesellschaft angehört haben. Ko. haftet aber ebenso wie der Beklagte für die den Klägern durch die Nichterfüllung des Vertrages von 1964 entstandenen Schadensersatzforderungen, weil dieser Vertrag während seiner Zugehörigkeit zur GEMKO Gem. & Ko. oHG abgeschlossen worden ist und sein Ausscheiden

aus dieser Gesellschaft an seiner Haftung nichts ändert (§ 128 HGB; vgl. BGHZ 36, 224, 226). Der Beklagte und Koch haben damit kraft Gesetzes für ein und denselben Anspruch einzustehen. Die Kläger können sich nach ihrem Belieben an den einen oder anderen halten; sie können aber die Leistung nur einmal fordern. Sie sind damit Gesamtschuldner nach § 421 BGB; die Rechtslage ist insofern ähnlich dem Falle, in dem zwei Personen nacheinander für die Verbindlichkeit eines Dritten die Mitschuld übernehmen oder sich verbürgen (§ 769 BGB).

2. Soweit der Beklagte die Abtretung von Schadensersatzansprüchen der Kläger gegen den Notar E[REDACTED] fordert, scheitert sein Hilfsantrag daran, daß gegen den Notar nur ein Anspruch auf Amtshaftung (wegen Verletzung einer Beratungspflicht) in Betracht käme, der gegenüber der Haftung des Beklagten subsidiär wäre (§ 19 BNotO). Kann der Beklagte leisten, so besteht kein Amtshaftungsanspruch, der an ihn abgetreten werden könnte. Damit bleibt auch insoweit für die beantragte Zug-um-Zug-Verurteilung kein Raum.

Stimpel Liesecke Dr. Schulze Fleck Dr. Kellermann