

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 80/85

### URTEIL

Verkündet am: 25. November 1985

Spengler, Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Günther R[REDACTED], jetzt B[REDACTED]straße 5, L[REDACTED]-  
K[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. ...

2. Lothar R[REDACTED], M[REDACTED]straße 8, E[REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat  
auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 1985  
durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes  
Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer,  
Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des  
20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München  
vom 23. Januar 1985 aufgehoben, soweit das Beru-  
fungsgericht die Klage gegen den Beklagten zu 2  
wegen eines Betrages von 104.332,11 DM mit Zin-  
sen abgewiesen und über die Kostenverteilung  
zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 2 ent-  
schieden hat.

Die Berufung des Beklagten zu 2 gegen das Urteil  
der 2. Zivilkammer des Landgerichts Landshut vom  
1. März 1984 wird zurückgewiesen, soweit sie sich  
gegen seine Verurteilung zur Zahlung von  
104.332,11 DM mit Zinsen richtet.

Die Kostenentscheidung des Oberlandesgerichts  
wird unter teilweiser Abänderung wie folgt neu  
gefaßt:

1. Bei der Kostenentscheidung im Urteil des  
Landgerichts vom 5. April 1984 verbleibt  
es.

17

- 3 -

2. Von den übrigen Gerichtskosten erster Instanz tragen die Beklagte zu 1 die Hälfte, der Kläger 6/22 und der Beklagte zu 2 5/22.

Von den nicht durch Nr. 1 erfaßten außergerichtlichen Kosten erster Instanz tragen

- a) die Beklagte zu 1 ihre eigenen und die Hälfte der Kosten des Klägers,
- b) der Kläger 6/22 seiner eigenen und 6/11 der Kosten des Beklagten zu 2 und
- c) der Beklagte zu 2 5/11 seiner eigenen und 5/22 der Kosten des Klägers.

3. Soweit über die zweitinstanzlichen Kosten nicht schon das Oberlandesgericht durch Beschluß vom 16. Juli 1984 entschieden hat, fallen diese zu 6/11 dem Kläger und zu 5/11 dem Beklagten zu 2 zur Last.

Die Kosten der Revisionsinstanz trägt der Beklagte zu 2.

Von Rechts wegen

### Tatbestand:

Die Beklagten waren die Gesellschafter der T- -M- B- & R- oHG. Der Beklagte zu 2 ist am 31. Dezember 1981 ausgeschieden, die Beklagte zu 1 hat das Geschäft als alleinige Inhaberin weiter-



geführt. Die Änderung ist am 3. August 1982 im Handelsregister eingetragen worden.

Der Kläger hat auf seinem Grundstück in E [REDACTED] der Dresdner Bank zwei Grundschulden über je 50.000 DM bestellt. Aus den formularmäßigen, an die Bank gerichteten Zweckbestimmungserklärungen vom 15. Juni und vom 17. Dezember 1980 ergibt sich, daß mit den Grundschulden Ansprüche der Bank abgesichert werden sollten, die der Bank aus ihrer Geschäftsverbindung mit der B [REDACTED] & R [REDACTED] oHG zustanden; unstreitig handelte es sich um Betriebsmittelkredite.

Der Kläger hat im Herbst 1983 gegen die beiden Beklagten zunächst auf Freistellung von den Grundschulden geklagt, nachdem sich herausgestellt hatte, daß auf die Bankschulden weder Raten noch Zinsen bezahlt wurden. Später hat er dann sein Grundstück verkauft und aus dem Verkaufserlös unter Aufwendung von 104.332,11 DM die Grundschulden bei der Dresdner Bank abgelöst. Diesen Betrag sowie zwei andere Beträge - insgesamt 224.332,11 DM und Zinsen - hat er sodann im ersten Rechtszuge von beiden Beklagten als Gesamtschuldnern ersetzt verlangt.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Beide Beklagten haben Berufung eingelegt, die Beklagte zu 1 hat sie jedoch zurückgenommen. Die gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage hat das Oberlandesgericht abgewiesen. Mit der Revision, die der Beklagte zurückzuweisen beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klageantrag wegen der an die Dresdner Bank gezahlten 104.332,11 DM mit Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

Das Berufungsgericht hat zunächst die Frage verneint, ob die Forderungen der Dresdner Bank gegen die offene Handelsgesellschaft mit Ablösung der Grundschulden auf den Kläger übergegangen seien und daher von ihm gegen den Beklagten geltend gemacht werden könnten. Deshalb hat es gemeint, dem Kläger könne allenfalls ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag gegen die Gesellschaft oder deren Rechtsnachfolgerin zustehen. Da der Kläger die Bank jedoch erst im Laufe des Rechtsstreits, also nach dem Ausscheiden des Beklagten aus der Gesellschaft, befriedigt habe, könne auch der Rückgriffsanspruch erst nach diesem Zeitpunkt entstanden sein. Dafür habe der Beklagte nicht einzustehen, denn die Nachhaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters beschränke sich auf die während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft entstandenen Verbindlichkeiten.

Dem ist nicht zu folgen. Für die Haftung des Beklagten kommt es nicht darauf an, wann der Kläger die Grundschulden ausgelöst hat. Als ausgeschiedener Gesellschafter haftet er gemäß § 128 HGB für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die bis zu seinem Ausscheiden begründet waren. Begründet aber war der Anspruch des Klägers bereits als er die Grundschulden der Dresdner Bank im Jahre 1981 sicherheitshalber einräumte. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das auf einem verbindlichen Auftrag der Gesellschaft beruhte. Auch wenn sich ein solches Vertragsverhältnis zwischen Kläger und Gesell-

schaft, wovon das Berufungsgericht möglicherweise ausgegangen ist, nicht feststellen lassen sollte, berührt das die Rechtslage nicht. Denn dann hat der Kläger im Jahre 1981, als der Beklagte der Gesellschaft noch angehörte, mit der Grundschuldbestellung zugunsten der Dresdner Bank jedenfalls ein Geschäft geführt, das die Kreditgewährung der Bank an die oHG gewährleistete, deshalb im Interesse der Gesellschaft lag und ihrem wirklichen oder mutmaßlichen Willen entsprach. Der Kläger erwarb daher bereits in diesem Zeitpunkt gemäß §§ 677, 683, 670 BGB gegen die Gesellschaft einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die ihm aus diesem Geschäft entstanden waren oder noch entstehen würden. Der Rechtsgrund für die Gesellschaftsverbindlichkeit, deretwegen der Kläger den Beklagten in Anspruch nimmt, bestand mithin bereits, bevor dieser aus der Gesellschaft ausgeschieden war. Der Kläger hätte daher gemäß § 128 HGB von ihm Ersatz verlangen können, wenn die Bank die Sicherheiten zwangsweise verwertet hätte. Nicht anders ist es, wenn der Kläger die Grundschulden durch eine ihrem Werte entsprechende Zahlung ausgelöst und auf diese Weise den Sicherungszweck erfüllt hat.

Der Beklagte kann demgegenüber nicht einwenden, daß der Kläger mit der Bestellung der Grundschulden gar kein Geschäft für die offene Handelsgesellschaft geführt, sondern im eigenen oder im Drittinteresse gehandelt habe. Bei der ersten Grundschuld gibt es dafür überhaupt keinen Anhaltspunkt. Die zweite Grundschuld ist allerdings auf Grund einer Vereinbarung des Klägers mit dem Ehemann und dem Schwager der Beklagten

zu 1 vom 7. November 1981 und im Hinblick darauf bestellt worden, daß man beabsichtigte, Anfang 1982 die offene Handelsgesellschaft in eine GmbH mit Beteiligung des Klägers umzuwandeln. Die GmbH ist aber niemals zustandegekommen. Außerdem ergibt sich aus jener Vereinbarung, daß auch die zweite Grundschuld jedenfalls vorerst dem Interesse der offenen Handelsgesellschaft zu dienen bestimmt war, weil "Zinsen und Tilgung der Grundschulden" Sache der offenen Handelsgesellschaft sein sollte; außerdem sollten die Grundschulden - wie zweifelsfrei gemeint war, zu Lasten der offenen Handelsgesellschaft - bis zum 30. Juni 1982 in ihrem Gesamtbetrage "fällig" sein, falls die GmbH nicht zustandekommen sollte. Damit war auch in jenem Verträge die Sicherheitsleistung im alleinigen Interesse (und für Rechnung) der offenen Handelsgesellschaft vorausgesetzt.

Die Revisionserwiderung hat schließlich geltend gemacht, der Kläger dürfe die Auslösungssumme dem Beklagten allenfalls teilweise in Rechnung stellen, weil sich jener im Jahre 1981 selbst an der offenen Handelsgesellschaft beteiligt habe und daher den Verlust mittragen müsse. Einen Beitritt zur Gesellschaft hat aber der Kläger bestritten. Der Vortrag des Beklagten hierzu, soweit er nicht ohnehin nur Rechtsansichten enthält, ist auch nicht so substantiiert und teilweise so widersprüchlich, daß dieser Gesichtspunkt kein hinreichender Grund sein kann die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Zwar hatte der Beklagte insbesondere behauptet, ein zunächst mündlich festgelegter neuer Gesellschaftsvertrag mit einer

Erweiterung des Gesellschafterkreises auf Klaus B. [REDACTED] und den Kläger sei im Herbst 1981 von dem Steuerberater der Gesellschaft schriftlich fixiert worden und habe im November 1981 notariell ausgefertigt und dem Registergericht vorgelegt werden sollen. Der Kläger habe sich auch in der Firmenverwaltung mit buchhalterischen Aufgaben betätigt, abends nach 17.00 Uhr im Verkauf mitgearbeitet und Entnahmen aus der Kasse vorgenommen. Dem Vortrag des Beklagten läßt sich aber andererseits nichts Konkretes dafür entnehmen, daß sich der Kläger mit ihm, der Beklagten zu 1 und Klaus Bürger bereits verbindlich auf den Gesellschaftsvertrag festgelegt hätte. Er hat im Gegenteil eingeräumt, der Kläger und Klaus B. [REDACTED] hätten die Beurkundung immer wieder mit dem Argument hinausgezögert, man wolle sich "die Zwischenstufe der erweiterten oHG ersparen, man solle besser gleich eine GmbH gründen". Dem entspricht es, daß die alsbaldige Geschäftsübernahme durch die Beklagte zu 1 allein von ihr und dem Beklagten zu 2 zum Handelsregister angemeldet worden und nichts dafür ersichtlich ist, daß der Kläger auch nur gesellschaftsintern als mitberechtigter Gesellschafter an dieser Veränderung mitgewirkt hätte. Unter diesen Umständen kann die behauptete, verhältnismäßig geringfügige Betätigung des Klägers in der Firma nicht schon als schlüssige Praktizierung eines Gesellschaftsvertrages, sondern nur als eine tätige Mitarbeit im Hinblick auf die vorgesehene künftige Zusammenarbeit in einer GmbH, wie sie auch in dem schon erwähnten Vertrag vom 7. November 1981 geplant war, angesehen werden, und die nach Höhe und Häufigkeit in keiner Weise substantiierten "Entnahmen" des Klägers lassen

17

sich ohne weiteres als schlichte Entschädigung für diese Mitarbeit erklären.

Das angefochtene Urteil läßt sich nach alledem nicht aufrechterhalten, soweit das Berufungsgericht die Klage wegen der 104.332,11 DM mit Zinsen abgewiesen hat. Insoweit ist das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen.

Stempel

Dr. Schulze

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Bundschuh