

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 675

Der Miterbe des Gesellschafters einer OHG, der zwar nicht deren Gesellschafter geworden, aber am früheren Gesellschaftsanteil des Erblassers unterbeteiligt ist und die Geschäftsführung der OHG mitausübt, kann, wenn er sich gegenüber einer Bank verpflichtet, für die Schulden der OHG gesamtschuldnerisch zu haften, eine Vergütung für seine bloße Haftungsbereitschaft nur dann verlangen, wenn das besonders vereinbart worden ist.

BGH, Urt. v. 20. September 1973 - VII ZR 176/71 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 176/71

URTEIL

Verkündet am

20. September 1973

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dr. Karl H [REDACTED], S [REDACTED],
G [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Wilhelm G [REDACTED], S [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. September 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Meise und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 19. November 1970 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte und der am 27. Juli 1964 verstorbene Vater des Klägers, Karl H. sen., waren Inhaber der offenen Handelsgesellschaften Karl H. & Co, Lebensmittelgroßhandlung in S. und Gustav Friedrich S. & Co, Lebensmittelgroßhandlung in H. Karl H. sen. wurde von seinen drei Söhnen Eberhard, Karl (dem Kläger) und Günter beerbt. Kraft der in den Gesellschaftsverträgen vorbehaltenen, vom Erblasser testamentarisch vorgenommenen Bestimmung rückten der Kläger in die Rechtstellung des Erblassers bei der Firma S. und sein Bruder Günter in die Rechtstellung des Erblassers bei der Firma H. ein. An ihren



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Anteilen wurden die anderen Brüder jeweils zu 1/3 unterbeteiligt. Der Kläger wurde außerdem neben seinem Bruder Günter Geschäftsführer der Karl H. [REDACTED] OHG.

Dieses Unternehmen hatte schon zu Lebzeiten des Erblassers Kredite in Anspruch genommen. Nach seinem Tode gaben seine drei Söhne dem hauptsächlichsten Geldgeber, der Städt. Spar- und Girokasse S. [REDACTED], gegenüber am 10. Juni 1965 die Erklärung ab, daß sie gesamtschuldnerisch die Haftung für alle Ansprüche samt Zinsen und Kosten übernähmen. In der Folgezeit erhöhte die Bank das von ihr gewährte Darlehen mehrfach. In den Bewilligungsbescheiden nahm sie jeweils Bezug auf die Haftungserklärung der drei Brüder vom 10. Juni 1965. Gegenüber einem weiteren Geldgeber der OHG, der Südwestbank in S. [REDACTED], übernahm der Kläger außerdem im Jahre 1966 für ein Darlehen von 650.000 DM die selbstschuldnerische Bürgschaft. Keine der Banken hat ihn auf Grund der von ihm eingegangenen Verpflichtungen in Anspruch genommen.

Im vorliegenden Verfahren verlangt er eine Vergütung (ähnlich der von Banken berechneten Avalprovision) allein für seine über mehrere Jahre hinwegreichende Bereitschaft, für Schulden der Karl H. [REDACTED] OHG einzutreten, deren Mitgesellschafter nicht der Kläger, wohl aber der Beklagte ist. Der Kläger hat 100.000 DM nebst Zinsen eingeklagt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht nimmt an, der Kläger könne den von ihm erhobenen Vergütungsanspruch nicht auf § 354 HGB stützen, da er sich den Banken gegenüber nicht als Kaufmann in Ausübung seines Handelsgewerbes verpflichtet habe.

Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

II.

1. Das Berufungsgericht hält ferner nicht für erwiesen, daß eine ausdrückliche Vereinbarung über die vom Kläger verlangte Vergütung zustande gekommen ist. Der Beklagte habe sich mit der Zahlung eines Entgelts für die vom Kläger übernommene Haftung nicht vorbehaltlos einverstanden erklärt. Auch der Bruder des Klägers, Günter, habe für die OHG keine dahingehende verbindliche Zusage gegeben. Schließlich sei eine dementsprechende Übereinkunft auch nicht stillschweigend geschlossen worden.

2. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Das Berufungsgericht hat den gesamten von den Parteien in dieser Angelegenheit geführten Schriftwechsel und die Aussagen der vom Landgericht hierzu vernommenen Zeugen eingehend gewürdigt. Wenn es danach

nicht festzustellen vermocht hat, daß ausdrücklich oder stillschweigend verabredet worden sei, dem Kläger für die von ihm übernommene Haftung eine Vergütung zu gewähren, so muß die Revision das hinnehmen.

Dabei spielt keine ausschlaggebende Rolle, ob - wovon das Berufungsgericht ausgeht - der Beklagte sich an der Geschäftsführung der OHG so gut wie nicht mehr beteiligt, eine aktive geschäftliche Tätigkeit vielmehr nur noch vom Kläger und seinem Bruder Günter ausgeübt wird. Die daran anknüpfende Erwägung des Berufungsgerichts, die Mithaftung des Klägers habe nur der Absicherung von Gefahren dienen sollen, die aus seiner eigenen und seines Bruders Tätigkeit herrühren, ist nicht bedenkenfrei, wie der Revision zuzugeben ist. Doch rechtfertigen schon die übrigen Ausführungen des Berufungsgerichts seine Schlußfolgerung, daß weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Vergütungsvereinbarung festzustellen sei.

III.

1. Nach der Ansicht des Berufungsgerichts kann der Kläger das geforderte Entgelt auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen. Aus diesem rechtlichen Gesichtspunkt habe er wie beim Auftrag nur Anspruch auf Aufwendungsersatz. Darunter falle eine Entschädigung im Sinne einer Vergütung nur unter der Voraussetzung, daß die Geschäftsführung zum Kreis der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Geschäftsführers gehöre. Das sei hier nicht der Fall.

2. Auch das greift die Revision ohne Erfolg an.

Dabei meint sie zu Unrecht, das Berufungsgericht habe ein Auftragsverhältnis angenommen. Es beurteilt den vom Kläger erhobenen Anspruch jedoch abschließend nur noch nach § 683 BGB, also aus Geschäftsführung ohne Auftrag. Insoweit befindet es sich im Einklang mit der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, wonach die übliche Vergütung für die vom Geschäftsführer erbrachten Leistungen nur dann verlangt werden kann, wenn die Geschäftsbesorgung in einer von ihm im Rahmen seines Gewerbebetriebs entfalteten Tätigkeit besteht (Senatsurteil NJW 1971, 609, 612). Das trifft hier nicht zu.

IV.

1. Die Frage, auf die die Revision besonders abhebt, nämlich was in einem Falle wie dem vorliegenden üblich ist, führt zu einer weiteren Überlegung, die letztlich auch der Entscheidung des Berufungsgerichts zugrunde liegt. Der Kläger hat, wie bereits ausgeführt, die Leistung, für die er jetzt eine Vergütung verlangt, nicht in Ausübung seines Handelsgewerbes erbracht. Er stand aber insofern auch nicht, wie die Revision meint, mit der OHG in gewöhnlichem kaufmännischen Verkehr, für den die Entgeltlichkeit einer empfangenen Vermögensleistung üblich, wenn nicht sogar selbstverständlich ist.

Die Stellung des Klägers, darin liegt die Besonderheit des Falles, wird dadurch gekennzeichnet, daß er und seine Brüder die Mithaftungserklärung vom 10. Juni 1965

gegenüber der Städt. Spar- und Girokasse S [REDACTED] als Erben ihres Vaters abgegeben haben, um der Bank die ungeschmälerte Haftungsgrundlage zu erhalten, wie sie zu Lebzeiten des Erblassers bestand. Bezeichnenderweise heißt es im ersten Angebotsschreiben der Spar- und Girokasse vom 2. Juli 1965 über eine Erhöhung des in laufender Rechnung gewährten Kredites, daß die von den Erben übernommene gesamtschuldnerische Haftung nach Abschluß der Nachlaßauseinandersetzung und Stellung anderer Sicherheiten weg falle. Das ist in der Folgezeit jedoch nicht geschehen. Vielmehr hat die Bank in ihren Bewilligungsbescheiden stets auf die ursprüngliche Haftungsverpflichtung aller drei Brüder Bezug genommen.

Sie hat sie also, was die Haftung für die Darlehen der Gesellschaft anlangt, weiterhin behandelt, als ob sie alle Gesellschafter der OHG wären. Das erschien auch durchaus sachgerecht, da die Brüder, die nach dem Testament des Erblassers nicht in die formale Gesellschafterstellung einrückten, so der Kläger bei der Karl H [REDACTED] OHG, am Gesellschaftsanteil des Bruders, der Gesellschafter wurde, unterbeteiligt wurden. Beim Kläger kommt hinzu daß außerdem die Geschäftsführung der Gesellschaft mit in seinen Händen lag. Er nahm damit über seine Unterbeteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft teil und war auch noch über die von ihm ausgeübte Geschäftsführung in der Lage, den Geschäftsumfang der Gesellschaft wesentlich zu beeinflussen. Auf diese Weise hatte er funktionell die Stellung eines Gesellschafters der OHG inne, ohne auch formal Gesellschafter zu sein. Dem entsprach, daß er sich von den Banken ohne Rücksicht auf das formale Gesellschaftsverhältnis wie ein Gesell-

schafter der OHG behandeln ließ, jedenfalls was die Haftung für die Kredite der OHG betrifft. Damit war er einverstanden. Daran muß er sich festhalten lassen.

Daß er gegenüber der Südwestbank die selbstschuldnerische Bürgschaft statt der gesamtschuldnerischen Mit-
haftung übernahm, macht keinen Unterschied. Auch das geschah ersichtlich aus der vom Kläger ohne Rücksicht auf die formalen Rechtsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft eingenommenen Stellung eines "Quasi"gesellschafters.

2. Ist demnach der Kläger wie ein Gesellschafter der OHG zu behandeln, so kommt es dafür, ob er eine Vergütung für seine bloße Haftungsbereitschaft verlangen kann, entscheidend darauf an, ob ein derartiges Entgelt in gleicher Lage auch ein Gesellschafter einer OHG fordern könnte. Eine unterschiedliche Behandlung wäre, wie der Revision zuzugeben ist, nicht gerechtfertigt.

Unter Gesellschaftern einer OHG ist es aber keineswegs üblich, daß sie eine besondere Vergütung erhalten für ihre bloße Bereitschaft, für Geschäftsschulden mit ihrem gesamten Privatvermögen zu haften. Dazu sind sie schon nach § 128 HGB verpflichtet. Deshalb scheidet auch § 110 HGB als Rechtsgrundlage für ein solches Entgelt aus.

Das Risiko, für Geschäftsschulden mit dem Privatvermögen eintreten zu müssen, trifft in der Regel auch alle Gesellschafter gleich, so daß sich eine allseits gewährte "Risikoprämie" letztlich gar nicht auswirken

würde. Immerhin kann das Risiko für die einzelnen Gesellschafter verschieden hoch sein, wenn sich ihr Privatvermögen dem Umfang nach wesentlich voneinander unterscheidet. Inwiefern dieser Umstand unter den Gesellschaftern berücksichtigt werden soll, muß aber von ihnen vertraglich besonders geregelt werden und sei es nur bei der Festlegung des Gewinnverteilungsschlüssels. Ohne eine solche Vereinbarung steht einem Gesellschafter eine Vergütung lediglich für seine Bereitschaft, für Geschäftsschulden mit seinem ganzen Vermögen zu haften, nicht zu.

Es gilt insofern dasselbe wie bei der Vergütung für die vom Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft geleisteten Dienste. Nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum erhält ein Gesellschafter für die kaufmännischen Dienste, die er dem Unternehmen leistet, grundsätzlich nur dann ein besonderes Entgelt, wenn das vertraglich vereinbart ist (BGHZ 10, 45, 55; 17, 299, 301 mit Nachweisen). Der Geschäftsführer einer Personenhandelsgesellschaft findet vielmehr neben der Verzinsung seines Kapitals und dem Entgelt für das übernommene Risiko auch den "Lohn" für seine Arbeit in erste Linie in seiner Gewinnbeteiligung (BGHZ 44, 40, 41). Um weniger kann er ohne besondere Abrede ein zusätzliches Entgelt für seine bloße Haftungsbereitschaft beanspruchen, die nur einen Teil des von ihm übernommenen Risikos darstellt.

3. Eine solche besondere Vereinbarung vermochte das Berufungsgericht hier nicht festzustellen. Auch und gerade aus diesem Grunde der Gleichbehandlung des Klägers mit einem Gesellschafter der OHG, für deren

Schulden er sich mitverpflichtete, ist dem angefochtenen Urteil daher beizutreten.

V.

Die Revision ist nach alledem mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Erbel

Girisch

Meise

Doerry