BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 37/09

Verkündet am:
12. Januar 2010
Herrwerth,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HGB § 129

Die für die Gesellschaftsschuld maßgebliche Verjährung gilt grundsätzlich auch für die akzessorische Haftung des BGB-Gesellschafters aus § 128 HGB (analog).

BGH, Urteil vom 12. Januar 2010 - XI ZR 37/09 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 2009 durch den Richter Dr. Joeres als Vorsitzenden, den Richter Dr. Müller, die Richterin Mayen und die Richter Dr. Ellenberger und Dr. Matthias

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 15. Januar 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage abgewiesen wurde.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten - soweit noch entscheidungserheblich - über die Rückzahlung eines Darlehens. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

2 Der Kläger, ein Programmierer, wollte sich zur Steuerersparnis an der " Gewerbefonds GbR" (im Folgenden: GbR) mit einer Anteilssumme von 100.000 DM beteiligen,

die zu 80% fremdfinanziert werden sollte. Er unterzeichnete am 8. November 1993 ein mit "Auftrag und Vollmacht" überschriebenes Formular, in dem er die J. Steuerberatungsgesellschaft mbH, eine Nichtgesellschafterin (im Folgenden: Treuhänderin), beauftragte und bevollmächtigte, für ihn die Beitrittserklärung abzugeben und sowohl für die Gesellschaft als auch für die Gesellschafter die erforderlichen Zwischen- und Endfinanzierungskredite aufzunehmen. Ferner schloss der Kläger, wie im Zeichnungsschein vorgesehen, mit der Treuhänderin einen dem Fondsprospekt beigefügten Treuhandvertrag und erteilte eine Vollmacht. Die Treuhänderin, die keine Erlaubnis zur Rechtsberatung besaß, erklärte im Namen des Klägers den Beitritt zur GbR. Später wurde die Fondsbeteiligung des Klägers auf eine Anteilssumme von 50.000 DM reduziert.

3 Der Gesellschaftszweck der GbR bestand in dem Erwerb eines Grundstücks zur Errichtung, Verwaltung und Vermietung eines Büro- und Geschäftshauses. Nach § 4 des Gesellschaftsvertrages sollte die Treuhänderin die Gesellschaft bis zum Beginn der sog. "Vermietungsphase" vertreten, d.h. berechtigt und verpflichtet sein, alle Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlich bzw. zweckmäßig sind.

4 Die Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden: Beklagte) gewährte mit Darlehensvertrag vom 30. November/6. Dezember 1993 einen Zwischenfinanzierungskredit von insgesamt 76.960.000 DM, der durch eine Grundschuld am Fondsgrundstück gesichert wurde. Der endgültige Darlehensvertrag über 82.191.358 DM wurde am 18./22. September 1995 geschlossen. Die beiden Darlehensbewilligungsschreiben richtete die Beklagte an die " Gewerbefonds GbR" und gab im Zwischenfinanzierungsvertrag als Verwendungszweck des Darlehens den Erwerb des Fondsgrundstücks nebst anschließender

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Bebauung mit einem Büro- und Geschäftshaus an. Die Schreiben wurden von der Beklagten und den Gründungsgesellschaftern der GbR, das zweite auch von der Treuhänderin unterzeichnet. Nach dem Inhalt des Darlehensvertrages vom 30. November/6. Dezember 1993 sollte jeder Gesellschafter für den Kredit in Höhe von maximal 80% des gezeichneten Fondsanteils persönlich haften. Mit Schreiben vom 15. August 1996 wies die Beklagte den Kläger auf die sich danach für ihn ergebende quotale Mithaftung hin.

5 Im Rahmen der Grundschuldbestellung gaben die Gründungsgesellschafter namens der GbR in notarieller Urkunde vom 16. Dezember 1993 ein Schuldanerkenntnis zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen, auch bedingten sowie befristeten Ansprüche aus der Geschäftsverbindung mit der Beklagten über 4 Millionen DM ab und unterwarfen die Gesellschaft insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung.

6 Der Kläger nahm an Gesellschafterversammlungen teil und erhielt mehrere Ausschüttungen. Über das Vermögen der Fondsinitiatorin wurde 1998 das Konkursverfahren eröffnet. Da die GbR das Darlehen nicht mehr bediente, kündigte die Beklagte die Geschäftsbeziehung fristlos und forderte den Kläger am 26. Oktober 2000 zur Zahlung von insgesamt 44.450 DM bis zum 30. November 2000 auf.

7 Die Beklagte ist der Ansicht, der Kläger hafte als Gesellschafter sowohl aus dem endgültigen Kreditvertrag als auch aus dem notariellen Schuldanerkenntnis quotenmäßig persönlich für die noch offene Darlehensschuld der GbR. Dieser hält dem vor allem entgegen, die Treuhänderin sei bei Abschluss des endgültigen Darlehensvertrages nicht im Namen der GbR, sondern namens der geworbenen Gesellschafter aufgetreten, ohne von ihnen wirksam bevollmäch-

tigt worden zu sein. Außerdem hat der Kläger die Einrede der Verjährung erhoben.

8 Mit der im Januar 2007 erhobenen Widerklage nimmt die Beklagte den Kläger auf Zahlung von 19.548,53 € zuzüglich Zinsen in Anspruch.

9 Das Landgericht hat die auf Erstattung der vom Kläger aufgrund der Fondsbeteiligung geleisteten Zahlungen gerichtete Klage abgewiesen und der Widerklage der Beklagten stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Widerklage unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Klägers abgewiesen. Mit der - vom Berufungsgericht zugelassenen - Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

11 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

12 Der Beklagten stehe kein durchsetzbarer Darlehensrückzahlungsanspruch gegen den Kläger zu. Im Wege der Auslegung sei davon auszugehen, dass die Darlehensverträge von der Beklagten mit der GbR zur Objektfinanzierung und nicht mit den einzelnen Gesellschaftern zwecks Finanzierung ihrer Fondsbeteiligungen geschlossen worden seien. Auf die Frage, ob der Kläger

als Gesellschafter gemäß § 128 HGB (analog) quotenmäßig persönlich für die noch offene Darlehensschuld der GbR hafte, komme es nicht an, weil er wirksam die Einrede der Verjährung erhoben habe.

13 Die von der Beklagten mit Schreiben vom 26. Oktober 2000 gegenüber dem Kläger als Fondsgesellschafter geltend gemachte Darlehensrückzahlungsforderung unterliege gemäß § 195 BGB der Regelverjährung von drei Jahren. Da die Frist nach Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB ab dem 1. Januar 2002 zu berechnen sei, sei der Anspruch mit Ablauf des Jahres 2004 und somit vor Erhebung der Widerklage im Januar 2007 verjährt. Zwar unterliege die aus dem notariellen Schuldversprechen vom 16. Dezember 1993 resultierende Forderung im Hinblick auf die Titulierung durch Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB der dreißigjährigen Verjährung. Das Schuldversprechen wirke aber nicht zu Lasten des Klägers, weil es im Namen der GbR abgegeben worden sei. Eine Gesellschafterhaftung komme mangels wirksamer Vertretung der GbR durch die Gesellschaftsgründer und die Treuhänderin nicht in Betracht. Bei dem vom Kläger mit der Treuhänderin geschlossenen Treuhandvertrag handele es sich um einen umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrag, der die Befugnis beinhalte, fremde Rechtsangelegenheiten geschäftsmäßig zu besorgen. Der ohne Erlaubnis zur Rechtsberatung geschlossene Vertrag sei daher mitsamt der Vollmacht nichtig. Da die Gründungsgesellschafter ebenfalls keine Erlaubnis nach dem Rechtsberatungsgesetz gehabt hätten, hätten sie wie die Treuhänderin das Schuldanerkenntnis als vollmachtlose Vertreter der GbR abgegeben.

II.

14 Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Die Beklagte ist aufgrund des von der GbR in der vollstreckbaren notariellen Urkunde vom 16. Dezember 1993 abgegebenen abstrakten Schuldversprechens Inhaberin einer unverjährten Forderung, für die der Kläger als Gesellschafter entsprechend § 128 HGB anteilig persönlich und mit seinem ganzen Privatvermögen haftet.

15 1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass der endgültige Darlehensvertrag von der Beklagten mit der werbenden GbR und nicht mit den Gesellschaftern persönlich geschlossen worden ist.

16 Das Berufungsgericht ist im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu der Überzeugung gelangt, dass die Beklagte den endgültigen Kreditvertrag vom 18./22. September 1995, wie auch schon den Zwischenfinanzierungsvertrag aus 1993, mit der GbR und nicht mit den einzelnen Gesellschaftern geschlossen hat. Diese im Revisionsverfahren nur beschränkt überprüfbare und unangegriffene Auslegung ist vertretbar und deshalb für den erkennenden Senat bindend (st. Rspr., siehe etwa BGH, Urteile vom 17. Januar 2007 - VIII ZR 37/06, WM 2007, 562, Tz. 15 und vom 6. November 2007 - VI ZR 182/06, WM 2008, 202, Tz. 19, jeweils m.w.N.).

17 2. Der Kläger haftet analog § 128 HGB anteilig für die Forderung der Beklagten aus dem anlässlich der Grundschuldbestellung in vollstreckbarer notarieller Urkunde abgegebenen abstrakten Schuldversprechen über 4 Millionen DM.

18 a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist das vollstreckbare Schuldversprechen wirksam.

19 aa) Der Ansicht des Berufungsgerichts, die GbR sei bei Abgabe des notariellen Schuldversprechens vom 16. Dezember 1993 nicht wirksam vertreten worden, ist rechtsfehlerhaft. Dem steht schon entgegen, dass ausschließlich die Gesellschaftsgründer für die GbR aufgetreten sind, während die Treuhänderin lediglich den endgültigen Darlehensvertrag aus 1995 mit unterzeichnet hat. Der Umstand, dass die Gesellschaftsgründer keine Erlaubnis zur Rechtsberatung besaßen, ist - anders als das Berufungsgericht angenommen hat - bedeutungslos. Gesellschaftsgründer sind geborene Organe ihrer Gesellschaft, soweit es um deren Geschäftsführung und Vertretung geht. Sie besorgen gemäß § 714 BGB eigene Gesellschaftsangelegenheiten und sind daher keine "Dritten". Eine Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes kommt deshalb von vornherein nicht in Betracht. Die GbR wurde infolgedessen, wie auch die Revisionserwiderung nicht in Frage stellt, bei der Abgabe des vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses von den Gesellschaftsgründern aufgrund ihrer Organstellung wirksam vertreten.

20 bb) Überdies ist die Treuhänderin von den Gesellschaftsgründern auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages namens der GbR wirksam beauftragt und bevollmächtigt worden, für sie die zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks notwendigen oder zweckmäßigen Rechtsgeschäfte bis zur sog. "Vermietungsphase" zu tätigen.

21 (1) Wie der erkennende Senat bereits in seiner Entscheidung vom 18. Juli 2006 (XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, Tz. 18 ff., siehe ferner Senatsurteil vom 17. Oktober 2006 - XI ZR 19/05, WM 2007, 62, Tz. 29, jeweils m.w.N.) näher dargelegt hat, fallen Verträge, durch die eine Fonds-GbR die Führung ihrer Geschäfte einem Nichtgesellschafter unter Beachtung des Grundsatzes der Selbstorganschaft überträgt, nicht in den Anwendungsbereich des Rechtsberatungsgesetzes, weil diese ihrem Inhalt nach im Schwerpunkt nicht auf die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, sondern auf die Wahrung wirt-

schaftlicher Interessen der GbR und ihrer Gesellschafter gerichtet sind (Senatsurteile, aaO).

22 (2) Danach wurde die GbR bei Abschluss des endgültigen Darlehensvertrages nicht nur gemäß § 714 BGB von den Gründungsgesellschaftern, sondern auch von der Treuhänderin wirksam vertreten. Da die Treuhänderin nach dem Inhalt des ihr von den Gesellschaftsgründern namens der GbR erteilten Auftrags die zur Verwirklichung des Gesellschaftszwecks notwendigen bzw. zweckmäßigen Verträge in der Gründungsphase schließen sollte, war sie - worauf die Revision zu Recht hinweist - befugt, an der Ablösung des zur Objektfinanzierung aufgenommenen Zwischenfinanzierungskredits mitzuwirken.

23 b) Nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist eine Fonds-GbR rechts- und parteifähig mit der Folge, dass sich die persönliche Einstandspflicht ihrer Mitglieder für die Gesellschaftsverbindlichkeiten aus den für die OHG und KG geltenden Vorschriften der §§ 128, 130 HGB ergibt (siehe etwa BGHZ 146, 341, 358; vormals schon BGHZ 142, 315, 318; siehe ferner Senat BGHZ 178, 271, Tz. 17).

24 c) Der Kläger ist der GbR wirksam beigetreten. Dabei kann dahinstehen, ob der von ihm mit der Treuhänderin geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag wirksam ist oder mitsamt der zu seiner Durchführung erteilten Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz verstößt. Auf diese Frage kommt es, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, nicht entscheidend an, weil die Treuhänderin den Kläger bei seinem Beitritt jedenfalls aufgrund der in dem Zeichnungsschein vom 8. November 1993 erteilten Vollmacht wirksam vertreten hat.

25 aa) Der von dem Kläger gesondert unterschriebene Zeichnungsschein verstößt seinem Inhalt nach nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz (siehe

Senatsurteile vom 20. Januar 2009 - XI ZR 487/07, WM 2009, 542, Tz. 17 ff. und vom 30. Juni 2009 - XI ZR 291/08, Umdruck S. 7 f., Tz. 14). Die Vollmacht im Zeichnungsschein hat nicht etwa den Abschluss eines ganzen Bündels von Verträgen mit mannigfaltigem rechtlichen Beratungsbedarf zum Gegenstand, sondern beschränkt sich auf die Erklärung des Beitritts zur Fondsgesellschaft und auf die Kreditaufnahme. Hierbei handelt es sich um die Wahrnehmung von im Wesentlichen wirtschaftlichen Belangen (Senatsurteile, aaO).

26 bb) Eine Nichtigkeit der im Zeichnungsschein enthaltenen Vollmacht ergibt sich auch nicht über § 139 BGB aus einer etwaigen Nichtigkeit des vom Kläger mit der Treuhänderin abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrages. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der im Zeichnungsschein enthaltene beschränkte Auftrag und der wesentlich weiterreichende Geschäftsbesorgungsvertrag nach dem maßgeblichen Willen der Vertragsparteien eine Geschäftseinheit bilden. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen (vgl. Senatsurteil vom 10. Oktober 2006 - XI ZR 265/05, WM 2007, 108, Tz. 24).

27 3. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die vom Kläger erhobene Einrede der Verjährung nicht begründet.

28 a) Der vom Kläger erst in der Revisionsinstanz erhobene Einwand, die Beklagte könne aus dem in notarieller Urkunde abgegebenen abstrakten Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung trotz der dreißigjährigen Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB nicht mehr gegen die GbR vorgehen, weil die zugrunde liegende Darlehensrückzahlungsforderung gemäß § 195 BGB verjährt sei und die Gesellschaft daher gemäß § 812 Abs. 2 BGB die Herausgabe des als Sicherheit dienenden Schuldversprechens verlangen könne, ist nicht begründet. Einem solchen Verlangen der GbR steht die Wertung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB entgegen.

29 aa) Die Frage, ob der Gläubiger aus einem notariellen Schuldanerkenntnis oder Schuldversprechen mit Vollstreckungsunterwerfung nach der Wertung des im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung normierten § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB auch noch nach Verjährung der zugrunde liegenden Darlehensrückzahlungsforderung gegen den Schuldner vorgehen kann, hat der Senat in Übereinstimmung mit der in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur herrschenden Meinung (siehe OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2197 f.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. April 2009 - 5 W 2/09, juris, Tz. 6; Bork in jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 780 Rn. 12; MünchKommBGB/Habersack, 5. Aufl., § 780 Rn. 44; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 216 Rn. 3; PWW/Kesseler, BGB, 4. Aufl., § 216 Rn. 3; Staudinger/Marburger, BGB (2009), § 780 Rn. 17; Cartano/Edelmann, WM 2004, 775, 779; Deter/Burianski/Möllenhoff, BKR 2008, 281, 285 f.; Hohmann, WM 2004, 757, 763 f.; Kreikenbohm/Niederstetter, WM 2008, 718, 719 f.; aA OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg 2009, 629, 631; Grothe, WuB IV A § 214 BGB 1.06) in seinem Urteil vom 17. November 2009 (XI ZR 36/09, Umdruck S. 10 ff.) bejaht.

30 bb) Allerdings kommt eine unmittelbare Anwendung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht in Betracht (aA Staudinger/Marburger, aaO). Zwar handelt es sich bei einem notariell beurkundeten Schuldversprechen gemäß § 780 BGB um ein "Recht" des Versprechensempfängers im Sinne von § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB. Einer direkten Anwendung der Vorschrift steht aber entgegen, dass der Gesetzgeber (siehe BT-Drucksache 14/6040, S. 122 f.) mit ihr nur dinglich gesicherte Ansprüche erfassen wollte. Folgerichtig handelt es sich bei den in § 216 BGB ausdrücklich geregelten Sicherungsrechten ausschließlich um dingliche Rechte. Der Gesetzgeber hat daher insoweit offenbar den in der Neufassung des Verjährungsrechts überwiegend übernommenen § 223 BGB aF, der nur für dingliche Sicherheiten galt (BGHZ 138, 49, 54), nicht geändert (siehe dazu auch OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2197 f.).

31 cc) Indessen liegen entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB vor.

32 (1) Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält (vgl. dazu etwa BGHZ 149, 165, 174) und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (siehe etwa BGH, Urteile vom 13. März 2003 - I ZR 290/00, ZIP 2003, 1204, 1206; vgl. auch BGHZ 105, 140, 143; 110, 183, 192; 120, 239, 252). Die Lücke muss sich also aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem - dem konkreten Gesetzgebungsverfahren zugrunde liegenden - Regelungsplan ergeben (BGHZ 155, 380, 389 f.).

33 (2) Nach diesen Grundsätzen ist eine Anwendung des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB in analoger Form geboten.

34 (a) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung (siehe auch OLG Brandenburg, OLGR Brandenburg 2009, 629, 631) besteht eine unbeabsichtigte Regelungslücke. Das abstrakte Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis wird, wie dargelegt, von den Regeln des § 216 Abs. 2 BGB nicht erfasst. Es gibt auch sonst keine Vorschrift, die sich mit dem Verhältnis des abstrakten Schuldversprechens als Sicherungsrecht zu der gesicherten Forderung befasst. Dazu bestand vor der Modernisierung des Schuldrechts auch kein Anlass, weil nach altem Recht die Ansprüche aus dem Darlehen und aus dem abstrakten Schuldversprechen bzw. Schuldanerkenntnis der gleichen Verjährungsfrist von dreißig

Jahren (§ 195 BGB aF) unterlagen. Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 1. Januar 2002 hat sich dies grundlegend geändert. Während gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB für den Anspruch aus dem vollstreckbaren abstrakten Schuldanerkenntnis weiterhin die dreißigjährige Verjährung gilt, verjährt die Darlehensrückzahlungsforderung jetzt gemäß § 195 BGB grundsätzlich schon nach drei Jahren.

35 Eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob die sich daraus ergebende Diskrepanz dadurch beseitigt werden kann, dass die Regeln des § 216 Abs. 2 Satz 1 BGB auf das abstrakte Schuldanerkenntnis als Sicherungsrecht entsprechende Anwendung finden, hat ausweislich der Gesetzesmaterialien zur Modernisierung des Schuldrechts (vgl. BT-Drucksache 14/6040 und 14/7052) nicht stattgefunden. Es besteht auch sonst kein konkreter Anhaltspunkt, dass der Gesetzgeber mit der Fassung des § 216 Abs. 2 BGB eine abschließende und analogiefeindliche Regelung schaffen wollte (vgl. OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2198).

36 (b) Für eine entsprechende Analogie sprechen auch Normzweck und Interessenlage.

37 In § 216 Abs. 2 BGB geht das Gesetz davon aus, dass eine zur Sicherung der persönlichen Forderung geschaffene verdinglichte Rechtsstellung von der Verjährung nicht berührt werden soll (BT-Drucksache 14/6040, S. 122 f.). Dieser Gedanke gilt nicht nur für die Grundschuld, auf die § 216 Abs. 2 BGB unmittelbar anwendbar ist, sondern ebenso für das eigens zur Sicherung einer Forderung abgegebene abstrakte Schuldversprechen. Mit dem zusätzlichen Anspruch aus einem notariell beurkundeten Schuldversprechen soll durch die Ausweitung des Vollstreckungszugriffs auf das gesamte Vermögen des Darlehensnehmers/Sicherungsgebers die Grundschuldsicherheit in Form einer ei-

genständigen Sicherheit verstärkt werden (vgl. Senatsurteil vom 19. Dezember 2006 - XI ZR 113/06, WM 2007, 588, Tz. 14 m.w.N.). Zudem ist das abstrakte Schuldversprechen, ebenso wie die Grundschuld, mit der Zweckerklärung zur Grundschuldbestellung verbunden. Die Verknüpfung hat den Sinn, dass die Geltendmachung des abstrakten Schuldversprechens nicht willkürlich, sondern nur unter den Voraussetzungen erfolgen darf, die auch für die Grundschuld vorgesehen sind. Durch die Verbindung des abstrakten Schuldversprechens mit der Zweckerklärung wird dieses nicht an die Darlehensforderung gebunden, sondern - im Hinblick auf den Sicherungsfall und dessen Eintritt - an die Grundschuld (Hohmann, WM 2004, 757, 763). Dieser Umstand gebietet es, die Grundschuld und das abstrakte Schuldversprechen verjährungsrechtlich gleich zu behandeln. Nur der dauerhafte Wegfall des berechtigten Sicherungsinteresses des Sicherungsnehmers, der diesen zu einer Rückgewähr der Grundschuld verpflichten würde, darf zu einer Kondiktion gemäß § 812 Abs. 2 BGB auch des abstrakten Schuldversprechens führen (vgl. Senat BGHZ 177, 345, Tz. 21).

38 Überdies handelt es sich bei dem abstrakten Schuldversprechen um eine von dem Ursprungsschuldverhältnis gelöste selbständige Verpflichtung, deren Zweck auch gerade die aufgrund der notariellen Beurkundung gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB gegebene dreißigjährige Verjährungsfrist voraussetzt. Überhaupt wollen die Parteien häufig der Gefahr der kurzen Verjährung mit dem abstrakten Schuldversprechen vorbeugen (RGZ 75, 4, 7). Auch damit wäre es bei wertungsgerechter Betrachtung nicht zu vereinbaren, wenn der Gläubiger wegen Verjährung der zugrunde liegenden Forderung nicht aus dem unverjährten abstrakten Schuldversprechen gegen den Schuldner vorgehen könnte (vgl. Hohmann, WM 2004, 757, 763).

39 (c) Aus der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. Januar 1998 (BGHZ 138, 49, 53 ff.), nach der § 223 Abs. 1 BGB aF aus-

schließlich für dingliche Sicherheiten und somit nicht für eine Bürgschaft gilt, ergibt sich nichts anderes. Dafür spricht schon, dass sich das Urteil lediglich mit dem im Wortlaut dem § 216 Abs. 1 BGB gleichenden § 223 Abs. 1 BGB aF befasst. Vor allem aber ist für die Bürgschaft ausdrücklich bestimmt, dass der Bürge sich auf die Verjährung der Hauptforderung berufen kann (§ 768 BGB). Der damit zum Ausdruck kommende Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft besteht bei dem im Zusammenhang mit einer Grundschuldbestellung abgegebenen notariell beurkundeten abstrakten Schuldversprechen nicht. Eine Parallele zur Bürgschaft lässt sich daher nicht ziehen (siehe auch OLG Frankfurt am Main, WM 2007, 2196, 2198).

40 b) Entgegen der Auffassung der Revision unterliegt die Haftungsverbindlichkeit des Klägers aus § 128 HGB (analog) nicht der dreijährigen Regelverjährung des § 195 BGB, sondern derselben Verjährung wie die Schuld der GbR, d.h. im vorliegenden Fall der dreißigjährigen Verjährung des § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB.

41 aa) Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 139, 214, 217 f.; vormals schon BGHZ 73, 217, 224 f.; 78, 114, 119 f.; 95, 330, 332 f.) und der herrschenden Ansicht in der Literatur (siehe etwa MünchKommHGB/K. Schmidt, 2. Aufl., § 128 Rn. 3 und § 129 Rn. 7; Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., Bd. 1, § 129 Rn. 4, jeweils m.w.N.; Boesche in Oetker, HGB, § 129 Rn. 4; vgl. auch Brandes in FS für Stimpel, S. 105, 117) stimmt die Gesellschafterhaftung grundsätzlich und gerade auch hinsichtlich aller Einwendungen oder Einreden - zugunsten und zuungunsten des Gesellschafters - mit der jeweiligen Gesellschaftsverbindlichkeit überein. Dies entspricht dem Wortlaut der §§ 128 ff. HGB und dem Sinn der akzessorischen Gesellschafterhaftung (BGHZ 73, 217, 224). Das Sicherungsinteresse des Gläubigers erfordert es, dass ein Gesellschafter für die Gesell-

schaftsschulden, die während oder vor seiner Mitgliedschaft begründet worden sind, auch zeitlich wie die Gesellschaft selbst haftet. Die Tatsache, dass die Gesellschaftsschuld nach rechtskräftiger Verurteilung der Gesellschaft, vollstreckbarem Vergleich bzw. Schuldanerkenntnis oder Feststellung im Insolvenzverfahren der dreißigjährigen Verjährung der § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis Nr. 6, § 201 Satz 1 BGB unterliegt, gilt daher auch gegenüber dem Gesellschafter (Hillmann in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., Bd. 1, § 129 Rn. 4).

42 bb) Die von der Revisionserwiderung und auch vereinzelt in der Literatur vertretene Ansicht (vgl. vor allem Staub/Habersack, HGB, 4. Aufl., § 129 Rn. 6 f.; Mahr, GesRZ 1991, 149, 150, jeweils zum alten Verjährungsrecht), wonach die Gesellschaftsschuld und die Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters nicht nur eigenständig verjähren, sondern auch die Fristen getrennt laufen, überzeugt nicht. Sie führt dazu, dass die Gesellschafterschuld gemäß § 195 BGB schon nach drei Jahren verjährt, während z.B. die gegen die Gesellschaft gerichtete Kaufpreisforderung für ein Grundstück gemäß § 196 BGB erst nach zehn Jahren verjährt. Ein solches Ergebnis wäre mit dem Konzept der akzessorischen Gesellschafterhaftung unvereinbar (MünchKommHGB/K. Schmidt, 2. Aufl., § 129 Rn. 7; so jetzt auch Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 129 Rn. 6).

43 cc) Daran hat sich entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung durch die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nichts geändert. Im Gegenteil zeigt sich gerade an dem auf die BGB-Gesellschaft analog anzuwendenden Haftungsmodell der §§ 128 ff. HGB, dass eine abgekürzte persönliche Verjährungsfrist zugunsten des Gesellschafters entsprechend § 159 HGB grundsätzlich nur im Fall der Auflösung der Gesellschaft in Betracht kommt (zur analogen Anwendbarkeit des § 159 HGB auf

die Gesellschaft bürgerlichen Rechts siehe etwa Hillmann in Ebenroth/ Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., Bd. 1, § 159 Rn. 3 m.w.N.).

III.

44 Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

45 Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung verstößt die Inanspruchnahme des Klägers aus § 128 HGB (analog) für die noch offene Darlehensschuld der GbR nicht gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB).

46 Die Revisionserwiderung macht ohne Erfolg geltend, die Treuhänderin hätte die Gesellschafter bei der Abgabe eines vollstreckbaren Schuldanerkenntnisses mangels einer Erlaubnis zur Rechtsberatung nicht wirksam vertreten können, und es sei widersprüchlich, wenn die Gesellschafter in vergleichbarer Weise über die Gesellschafterhaftung an die Wirkung eines verbotswidrigen Geschäfts gebunden blieben. Zwar darf ein Kreditinstitut, das aufgrund eines wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG i.V. mit § 134 BGB unwirksamen Darlehensvertrages die Immobilienfondsbeteiligung eines Kapitalanlegers finanziert und die Darlehensvaluta unmittelbar an die Fonds-GbR ausgezahlt hat, den Kapitalanleger für die Bereicherungsschuld der GbR nicht analog § 128 HGB persönlich in Anspruch nehmen, weil andernfalls der Schutzzweck des Rechtsberatungsgesetzes unterlaufen würde (Senat BGHZ 177, 108, Tz. 18 ff.). Auch mag es sich bei der Anteils- und Objektfinanzierung um austauschbare bzw. kumulative Finanzierungsformen handeln (vgl. Habersack, BB 2005, 1695, 1697). Wenn sich die Beteiligten - wie hier - für eine Objektfinanzierung ent-

schieden haben, so ist dies aber unter Umgehungsgesichtspunkten unbedenklich. Der Entschluss hierzu beruht auf dem Prinzip der Privatautonomie. Die akzessorische Gesellschafterhaftung analog §§ 128 ff. HGB rechtfertigt die Anwendung des Rechtsberatungsgesetzes nicht (Senatsurteil vom 18. Juli 2006 - XI ZR 143/05, WM 2006, 1673, Tz. 28).

IV.

47 Das Berufungsurteil war daher aufzuheben, soweit die Widerklage der Beklagten abgewiesen wurde (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist aber nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus

konsequent - zur streitigen Höhe der anteiligen Gesellschafterhaftung des Klägers keine Feststellungen getroffen hat. Die Sache war deshalb zur weiteren Sachaufklärung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Joeres Müller Mayen

Ellenberger Matthias

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 16.05.2007 - 318 O 81/06 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 15.01.2009 - 10 U 53/07 -