

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**II ZR 198/65**URTEIL****Verkündet am**

1. Juni 1967

Heil,
Justizobersekretär**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

1. ...

2. des Kaufmanns Rudolf E [REDACTED],
N [REDACTED] üb. O [REDACTED] i.O.,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Willy H [REDACTED], Ho [REDACTED] (Saar),
Am W [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Dr. Schulze und Fleck

für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 27. Juli 1965 insoweit aufgehoben, als darin zum Nachteil des Beklagten zu 2. erkannt ist.

Insoweit wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das auch über die Kosten der Revision zu befinden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die frühere Beklagte zu 1 war eine Kommanditgesellschaft. Der Kläger hat die Klage gegen sie zurückgenommen, nachdem über ihr Vermögen das Anschlußkonkursverfahren eröffnet worden war.

Persönlich haftender Gesellschafter dieser Kommanditgesellschaft war zunächst der Vater des Klägers. Am 2. Januar 1954 trat der Beklagte zu 2, nachfolgend Beklagter genannt, als persönlich haftender Gesellschafter ein, während der Vater des Klägers mit einer Einlage von 18 075 DM Kommanditist wurde und die früheren Kommanditisten ausschieden.

Am 15. Januar 1954 trat im Einverständnis mit dem Beklagten der Kläger an die Stelle seines Vaters.

1. Gewinn und Verlust sollten im Verhältnis 49 (Kläger) zu 51 (Beklagter) verteilt werden. Dagegen sollte der von den Parteien erhoffte Teilerlaß der Kreditgewinnabgabe dem Kläger zu 70 und dem Beklagten zu 30 % zufließen.

Der Kläger macht mit seinem Klagantrag zu 1 gegen den Beklagten als persönlich haftenden Gesellschafter einen Teilbetrag aus nicht entnommenem Gewinn für die Jahre 1954 bis 1958 sowie einen Teilbetrag daraus geltend, daß das Finanzamt die Kreditgewinnabgabe teilweise erlassen hat.

Der Beklagte wendet ein, in den Jahren 1959 und 1960 habe die Gesellschaft mit Verlust gearbeitet, der die früheren Gewinne aufgezehrt habe.

Des weiteren macht er ein Zurückbehaltungsrecht geltend, dem folgender Sachverhalt zugrunde liegt: In der Übergabebilanz, auf Grund deren der Vater des Klägers - wie es in § 1 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages vom 2. Januar 1954 heißt - "die bisherige Firma ... mit allen Aktiven und Passiven in die Gesellschaft" hatte "einbringen" sollen, waren unter dem Anlagevermögen Grund und Boden und Gebäude ausgewiesen. Als Eigentümer dieses Betriebsgrundstücks stand damals der Vater des Klägers und steht heute der Kläger im Grundbuch eingetragen. In Ziff. 2 des privatschriftlichen Zusatzvertrages vom 20. Januar 1954 haben die Parteien vereinbart:



Das durch Herrn H. (Kläger) eingebrachte Grundstück dient ausschließlich der Gesellschaft. Die Gesellschaft verpflichtet sich, die notwendigen Reparaturen und Instandsetzungen (Außenanstrich, Dächer teeren etc.) und die steuerlichen Abgaben zu ihren Lasten zu übernehmen, überhaupt den gesamten Grundbesitz in ordnungsmäßigem Zustand zu erhalten.

Wenn Herr H. durch die Einbringung anderer Kapitalwerte das Grundstück aus dem Vermögen der Gesellschaft herausnimmt, verpflichtet er sich, das Grundstück auf Pachtbasis weiterhin der Gesellschaft zu überlassen und es von Fall zu Fall für kurzfristige Saisonkredite zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung gilt auch für einen eventuellen Rechtsnachfolger. Im Falle eines Verkaufs des Grundstücks hat die Gesellschaft ein Vorkaufsrecht.

Der Beklagte behauptet, er und der Vater des Klägers hätten überdies mündlich vereinbart, daß das Grundstück der Gesellschaft zu Eigentum zu übertragen sei. Auch in diese Vereinbarung sei der Kläger mit dem 15. Januar 1954 eingetreten und habe sie wiederholt bestätigt.

Der Kläger behauptet, er habe das Grundstück nur "zur Nutzung und als Kreditunterlage" einbringen sollen.

2. Der Beklagte ist Darlehnsschuldner der Kreissparkasse K. und zwar zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch in Höhe von 2 098,48 DM. Für dieses Darlehen haftet der Kreissparkasse ein Sparguthaben des Klägers. Der Kläger möchte - Antrag zu 2 - davon durch den Beklagten befreit werden. Der Beklagte meint, im Innenverhältnis hafte für das Darlehen auch der Kläger, weil die Darlehenssumme der Gesellschaft zugeflossen sei.

3. Der Kläger hat im April 1962 an die Kreisspar-
kasse Köln auf das vorerwähnte Darlehen 753,65 DM Zinsen
zahlen müssen, die er mit dem Antrag zu 3 vom Beklagten
ersetzt verlangt.

4. Mit dem Antrag zu 4 fordert der Kläger vom Be-
klagten als persönlich haftendem Gesellschafter die
Rückzahlung eines der Gesellschaft gewährten Darlehens
in Höhe von 10 483,44 DM und die Erstattung von Be-
trägen in Höhe von 121 332,58 DM, die er zur Begleichung
von Gesellschaftsverbindlichkeiten gezahlt hat.

Der Beklagte hält die Darlehensschuld für erloschen.
Er hat auf sie nämlich Beträge verrechnet, die der Kläger
in den Jahren 1954 und 1955 gemäß Ziff. 3 des Zusatzver-
trages erhalten hat. Nach dieser Bestimmung war der
Kläger berechtigt, im Jahre 1954 monatlich 500 DM und
im Jahre 1955 monatlich 550 DM zu entnehmen. Der Be-
klagte meint, der Kläger habe sich diese Beträge an-
rechnen lassen müssen, sei es auf seinen Gewinnanspruch,
sei es - so hat der Beklagte die Entnahmen später ver-
bucht - auf die Darlehensforderung. Der Kläger dagegen
ist der Ansicht, die Beträge seien, ebenso wie die vom
Beklagten entnommenen Tätigkeitsvergütungen, "über
Unkosten" zu verbuchen gewesen.

Gegenüber dem Erstattungsanspruch rechnet der
Beklagte mit Gegenforderungen auf, die er daraus her-
leitet, daß der Kläger seiner angeblichen Pflicht zur
Übereignung des Grundstücks an die Gesellschaft nicht
nachgekommen ist.

Die Vorinstanzen haben die Klage teilweise abgewiesen. Zu einem weiteren Teil haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Das Berufungsgericht hat - nur insoweit befindet sich der Rechtsstreit in der Revisionsinstanz - den Beklagten verurteilt, an den Kläger

- a) gemäß dem Antrag zu 1 über die Summe eines Zwischenvergleichs vom 13. April 1959 hinaus 10 000 DM,
- b) gemäß dem Antrag zu 3 753,65 DM und
- c) gemäß dem Antrag zu 4 67 226,17 DM

nebst Zinsen zu zahlen. Ferner hat das Berufungsgericht auf den Antrag zu 2 festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet sei, den Kläger von der Darlehensschuld bei der Kreissparkasse Köln in Höhe von noch 2 098,48 DM freizustellen.

In dem zu a) erwähnten Zwischenvergleich hatten sich der Beklagte und die Gesellschaft verpflichtet, in der Zeit vom 1. Mai bis höchstens zum 30. November 1959 monatlich 500 DM an den Kläger zu zahlen. Diese Zahlungen sollten auf irgendwelche Ansprüche des Klägers gegen die Gesellschaft oder den Beklagten verrechnet werden. Soweit Ansprüche des Klägers nicht bestehen, soll der Betrag an die Gesellschaft oder den Beklagten zurückgezahlt werden.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Mit den Anträgen zu 1 und 4 verlangt der Kläger den Ausgleich seines angeblich positiven Kapitalkontos durch den Beklagten, der seinerseits nach der vom Berufungsgericht für richtig gehaltenen Behauptung des Klägers aus dem Gesellschaftsvermögen nichts mehr zu fordern hat.

2. Der Kläger kann diesen Anspruch geltend machen, obwohl das Konkursverfahren über das Vermögen der Gesellschaft, soweit ersichtlich, noch nicht beendet ist; denn es steht bereits fest, daß zur Verteilung unter die Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen nichts übrigbleiben wird, und nur das ist hier entscheidend (vgl. dazu BGHZ 26, 126, 130 ff).

3. Das Berufungsgericht hat den Gesellschaftsvertrag dahin ausgelegt, daß der Beklagte, obwohl die Einlage des Klägers aufgezehrt ist, im Innenverhältnis der Parteien nur für 51 % der Verluste hafte.

Diese dem Beklagten günstige Auslegung ist möglich und deshalb für den Senat verbindlich.

4. a) Der Kläger hätte von der Gesellschaft mindestens 11 567,50 DM (nicht, wie das Berufungsgericht meint, 11 577,30 DM) als Gewinn für die Jahre 1954 - 1958 und 35 432,28 DM infolge teilweisen Erlasses der Kreditgewinnabgabeschuld erhalten müssen.

51 % dieser Beträge, also 5 899,42 (nicht, wie das Berufungsgericht errechnet, 5 804,40) + 18 070,46 = 23 969,88 DM kann der Kläger nach dem Verlustverteilungsschlüssel von dem Beklagten fordern.

Der Beklagte kann insoweit nicht einwenden, die Gesellschaft habe in den Jahren 1959 und 1960 mit Verlust gearbeitet. Dieser Einwand erledigt sich schon dadurch, daß der Kläger seine Verlustbeteiligung selbst berücksichtigt, indem er nur 51 % seines Gewinns verlangt.

Der Beklagte kann auch nicht geltend machen, der Kläger habe seine gesellschaftsvertraglich zugesagte Einlage nicht erbracht. Der Kläger und sein Vater waren, wie unten Nr. 5a noch darzulegen sein wird, nicht verpflichtet, der Gesellschaft das Betriebsgrundstück zu übereignen. Sie hatten vielmehr ihre Einlage dadurch leisten sollen, daß sie "die bisherige Firma ... mit allen Aktiven und Passiven" einbrachten. Das haben sie getan. Daß nach der Steuerbilanz zum 31. Dezember 1953 (Anl. 2 d zum Gutachten Knorr) die Passiven um 34 380,59 DM höher waren als die Aktiven, ist entgegen der Ansicht des Beklagten ohne Belang.

Schließlich wendet der Beklagte im Ergebnis zu Unrecht ein, der Kläger müsse sich die auf Grund des Zwischenvergleichs vom 13. April 1959 erhaltenen Beträge anrechnen lassen. Wie oben dargelegt, übersteigen nämlich die mit dem Antrag zu 1 verfolgten Ansprüche nicht nur den Betrag von 10 000 DM, den das Berufungsgericht dem Kläger zugesprochen hat, sondern auch die Summe des Zwischenvergleichs, die höchstens 3 500 DM betragen haben kann.

b) Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte schulde dem Kläger 51 % von 121 332,58 = 61 879,62 DM (Teilforderung aus dem Antrag zu 4), bestehen keine Bedenken. Die vom Beklagten insoweit zur

Aufrechnung gestellten Gegenforderungen sind unbegründet, weil - vgl. wiederum die Darlegungen unten Nr. 5 a - der Kläger nicht verpflichtet war, der Gesellschaft das Betriebsgrundstück zu übereignen.

c) Dagegen läßt sich noch nicht abschließend beurteilen, ob der Beklagte, wie das Berufungsgericht meint, dem Kläger als weiteren Teilbetrag aus dem Antrag zu 4 auch 51 % = 5 346,55 DM des Darlehens schuldet, das der Kläger in Höhe von 10 483,44 DM der Gesellschaft gewährt hat.

Der Kläger durfte zwar nach Ziff. 3 Satz 1 des Zusatzvertrages zunächst monatlich 500 DM und im Jahre 1955 monatlich 550 DM entnehmen.

Er muß sich aber diese Beträge möglicherweise auf Gewinn- oder andere Ansprüche anrechnen lassen. Während es von den dem Beklagten zugebilligten monatlichen Entnahmen in Satz 2 der Ziff. 3 heißt, sie würden über Unkosten verbucht und nicht mit dem zu verteilenden Gewinn verrechnet, wird das in dem vorhergehenden Satz von den Entnahmen des Klägers nicht gesagt. Das braucht nicht auf einem Versehen bei der Abfassung der Ziff. 3 zu beruhen, sondern könnte seinen guten Sinn gehabt haben. Gemäß § 4 des Gesellschaftsvertrages hatte der Beklagte seine ganze Arbeitskraft der Gesellschaft zu widmen und erhielt dafür einen als Aufwand zu verbuchenden Betrag. Dieser wird in Ziff. 3 Satz 2 des Zusatzvertrages folgerichtig - wiederum anders als die Entnahme des Klägers - als "Vergütung" bezeichnet. Der Kläger und sein Vater dagegen waren zur Geschäftsführung nicht verpflichtet,

sondern nur berechtigt. Wohl hat der Kläger in der Urkunde vom 16. Januar 1954 (Anl. 1 c. zum Gutachten Knorr) erklärt, daß (auch) er die monatlichen Zahlungen u.a. "als Geschäftsführer für seine Tätigkeit" erhalte. Er hat aber eine solche Tätigkeit jedenfalls bis Ende 1955 unstreitig (vgl. GA Bl. 13 und 34) nicht ausgeübt.

Mit alledem hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Es sagt zwar, die Parteien hätten in Ziff. 3 des Zusatzvertrages "eine weitgehende Angleichung der Rechte (des Klägers) an die des Beklagten aus § 4 des Gesellschaftsvertrages vorgenommen". Wie weit sie ihre Rechte im einzelnen - entgegen dem Wortlaut der Ziff. 3 - einander angeglichen haben, legt das Berufungsgericht jedoch nicht dar.

Deshalb muß das Berufungsurteil insoweit aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses nunmehr erneut prüfen kann, ob der Kläger die entnommenen Beträge unabhängig von Gewinn- oder anderen Ansprüchen gegen die Gesellschaft behalten durfte.

Daran ändert es nichts, daß feste monatliche Zahlungen, soweit sie nicht als Aufwand verbucht werden, üblicherweise auf den Gewinnanspruch anzurechnen sind. Auch das will der Kläger nicht. Er muß es sich deshalb gefallen lassen, daß der Beklagte bestimmt, gegen welche Ansprüche die Zahlungen verrechnet werden.

5. Das Berufungsgericht hat nur geprüft, ob der Kläger und sein Vater verpflichtet seien, der Gesellschaft das Betriebsgrundstück zu übereignen.

a) Es hat diese Frage mit Recht verneint. Die etwaige Verpflichtungserklärung des Klägers oder seines Vaters hätte, um verbindlich zu sein, gerichtlich oder notariell beurkundet werden müssen (vgl. BGH WM 1955, 298; 1965, 744; BGB-RGRK 11. Aufl. § 705 Anm. 3).

b) Zu Unrecht hat jedoch das Berufungsgericht geglaubt, daraus ergebe sich zwingend, daß der Kläger der Gesellschaft das Grundstück nur "zur Nutzung und als Kreditunterlage" habe zur Verfügung stellen müssen.

Mit dieser Beurteilung ist das Berufungsgericht den Verträgen vom 2. und 20. Januar 1954, den vom Beklagten behaupteten (durch R. [REDACTED] und ergänzend durch seine frühere Ehefrau unter Beweis gestellten), mündlichen Erklärungen des Klägers und seines Vaters sowie der Art und Weise, wie das Grundstück in der Vermögensaufstellung zum 20. Oktober 1953 und in der Übergabebilanz zum 31. Dezember 1953 (Anl. 2 a und 2 c zum Gutachten Kn. [REDACTED]) als Anlagevermögen der Gesellschaft behandelt worden ist, nicht gerecht geworden.

Aus alledem könnte sich ergeben, daß das Grundstück ganz oder wenigstens teilweise seinem Werte nach zum Gesellschaftsvermögen gehört (vgl. dazu BGH WM 1955, 298; 1960, 1121; 1965, 744 und 746; BGB-RGRK § 705 Anm. 3 und § 706 Anm. 3; Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 3. Aufl. S. 44 N. 30). Für eine solche Einbringung quoad sortem spricht insbesondere der Wortlaut von Ziff. 2 Abs. 2 des Zusatzvertrages. Danach muß nämlich der Kläger, wenn er das Grundstück "herausnimmt", andere Kapitalwerte einbringen

und trotzdem der Gesellschaft weiterhin "das Grundstück auf Pachtbasis ... überlassen und es von Fall zu Fall für kurzfristige Saisonkredite zur Verfügung" stellen.

Hätten sich der Kläger oder sein Vater mündlich verpflichtet, der Gesellschaft das Grundstück zu übereignen, so könnte außerdem eine Umdeutung dieser formnichtigen Abrede gemäß § 140 BGB in die Zusage in Betracht kommen, das Grundstück wenigstens dem Werte nach einzubringen.

Hätte der Kläger das Grundstück dem Werte nach eingebracht oder wäre die etwaige Zusage, es der Gesellschaft zu übereignen, in eine solche Einbringungsverpflichtung umzudeuten, so wäre der Beklagte berechtigt, den Grundstückswert zum 2. Januar 1954 einschließlich der bis zur Auflösung der Gesellschaft etwa eingetretenen Wertsteigerung als Forderung gegen den Kläger in die Liquidationsschlußbilanz einzustellen.

Es läßt sich nicht ausschließen, daß der Kläger in diesem Falle von dem Beklagten keinen Ausgleich mehr verlangen könnte.

Das Berufungsurteil muß darum auch aus diesem Grunde aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, soweit dieses den Anträgen zu 1 und 4 stattgegeben hat.

II. 1. Die tatsächlichen Feststellungen und die Darlegungen, auf Grund deren das Berufungsgericht gemäß dem Klagantrag zu 2 zu der Feststellung gelangt ist, daß

alleiniger Darlehensschuldner der Kreissparkasse K[REDACTED] auch im Innenverhältnis der Parteien der Beklagte sei, lassen keinen Rechtsfehler erkennen und werden von der Revision nicht angegriffen.

2. Daraus folgt zugleich - auch darin ist dem Berufungsgericht zuzustimmen -, daß der Kläger die Zinsen, die er an die Kreissparkasse K[REDACTED] gezahlt hat, gemäß seinem Antrag zu 3 vom Beklagten ersetzt verlangen kann und der Beklagte diese Forderung verzinsen muß.

3. Für diese Entscheidungen ist es zwar ohne Belang, ob das vom Beklagten als Gesellschaftsvermögen in Anspruch genommene Grundstück dem Werte nach der Gesellschaft oder dem Kläger gehört.

Dennoch muß die Sache auch insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Sollte sich ergeben, daß der Kläger mit den Anträgen zu 1 und 4 nichts mehr vom Beklagten fordern kann, so müßte er sich nämlich möglicherweise gegenüber seinen Anträgen zu 2 und 3 auf die Zahlungen verweisen lassen, die er auf Grund des Zwischenvergleichs erhalten hat.

4. Bei der Formulierung des neuen Urteils wird das Berufungsgericht zu beachten haben, daß der Kläger mit seinem Antrag zu 2 nicht einen Feststellungs-, sondern einen Leistungsantrag gestellt hat, daß dieser aber insofern ungenau ist, als die Kreissparkasse K[REDACTED] (vgl. den Vertrag GA Bl. 166) gegen den Kläger keine Forderung, sondern nur ein Pfandrecht an seinem Sparguthaben hat.

III. Die Sache muß auch insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, als dieses im Kostenpunkt zum Nachteil des Beklagten erkannt hat. Bei seiner neuen Entscheidung wird das Berufungsgericht auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Dr. Fischer Dr. Kuhn Dr. Nörr Dr. Schulze Fleck