

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNIS-

URTEIL

II ZR 212/82

Verkündet am
3. Oktober 1983
Kanik,
Justizhauptsekretärin

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Oberregierungsrats a.D. Diplom-Verwaltungswirt (FH)
Friedrich G. Pr[REDACTED], E[REDACTED]weg [REDACTED], T[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

1. die Justizangestellte Marianne K[REDACTED] geb. Sch[REDACTED],
We[REDACTED]straße [REDACTED], Re[REDACTED],
2. den Schreinermeister Thomas W[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED],
Re[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Oktober 1983 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 25. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. Oktober 1982 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als ihn das Berufungsgericht zur Zahlung von 12.312,72 DM nebst Zinsen verurteilt hat. Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 21. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte zu 2 ("Beklagter"), Prof. P. [REDACTED]
(Rechtsvorgänger der am Revisionsverfahren nicht beteiligten Beklagten zu 1 und beide Kläger haben am 25. Oktober 1970 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Erstellung einer Wohnanlage in R. [REDACTED]-Eg. [REDACTED] errichtet. Die Wohnungen sind

- 3 -

fertiggestellt und veräußert. Die Kläger verlangen vom Beklagten, der die Geschäfte geführt hat, ihren Gewinnanteil von zusammen $\frac{1}{3}$. Die meisten Streitpunkte, die sich bei der Berechnung dieses Anteils ergeben hatten, haben entweder in den Vorinstanzen oder dadurch ihre Erledigung gefunden, daß der Senat die Revision des Beklagten zum größten Teil nicht angenommen hat. Die Parteien streiten nur noch über das Baubetreuerhonorar des Beklagten, das nach Nr. 6 des Gesellschaftsvertrages 3 % der Gesamtbaukosten abzüglich der Erwerbskosten für das Grundstück hatte betragen sollen. Der Beklagte behauptet, die Gesellschafter hätten es im Jahre 1974 auf 5 % erhöht. Damit stünden ihm über die von den Klägern nicht bestrittenen Beträge hinaus weitere 36.938,17 DM zu.

Das Landgericht hat im Rahmen der Gewinnermittlung dem Beklagten diesen Unterschiedsbetrag zuerkannt und den Gewinnanteil der Kläger entsprechend gekürzt. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten verurteilt, zusammen mit anderen Beträgen auch $\frac{1}{3}$ von 36.938,17 = - in der Urteils-
summe enthaltene - 12.312,72 DM nebst Zinsen an die Kläger zu zahlen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte insoweit die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, also die Abweisung der Klage in Höhe von noch 12.312,72 DM nebst Zinsen.

Die Kläger haben sich im Revisionsverfahren nicht vertreten lassen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt wegen des noch streitigen Betrages zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.



1. Die Kläger haben - entgegen der Ansicht der Revision - zu Recht nicht die Gesellschaft, sondern den Beklagten persönlich verklagt. Gesamthandsvermögen, aus dem die Kläger sich befriedigen könnten, ist nach der eigenen Bestätigung des Beklagten zu dem von ihm vorgelegten Buch- und Kontoabschluß vom 30. Oktober 1978 nicht mehr vorhanden, und der Betrag, den der Beklagte als Betreuerhonorar in Anspruch nimmt, befindet sich unstreitig schon in seinen Händen. Ein etwaiger Ausgleich hat also, da sonst nichts mehr zu verrechnen ist, nur noch zwischen den früheren Gesellschaftern stattzufinden.

2. Das Berufungsgericht hat den Anspruch des Beklagten auf ein zusätzliches Betreuerhonorar nicht für begründet gehalten und dazu ausgeführt: Schon mit Schreiben vom 7. Oktober 1974 an Prof. P. [REDACTED] und vom 13. Oktober 1974 an die Gesellschafter habe der Beklagte für seine Arbeitsleistung eine Vergütung von 5 % statt 3 % verlangt. Soweit hierin laut der Aussage seiner Ehefrau die Annahme eines von den Klägern bereits 1971 gemachten Angebotes liegen sollte, wäre wegen des dreijährigen Zeitabstands eine Einigung nicht zustande gekommen (§§ 147, 150 Abs. 1 BGB). - Die Revision rügt, damit habe das Berufungsgericht die Aussage der Ehefrau des Beklagten mißverstanden. Hätte es sie anders würdigen wollen als das Landgericht, dann hätte es die Zeugin selbst vernehmen müssen. Die Rüge ist begründet.

Im Schreiben an Prof. P. [REDACTED] vom 7. Oktober 1974 (hinter GA Bl. 66) hatte der Beklagte dargelegt, warum es angemessen sei, das Honorar von 3 auf 5 % zu erhöhen, und hinzugefügt, der Kläger zu 2 habe der Erhöhung bereits

zugestimmt. In dem Schreiben an die Gesellschafter vom 13. Oktober 1974 (hinter GA Bl. 36) heißt es sodann:

"Es darf hiermit förmlich bestätigt werden, daß wegen der besonders schwierigen Verhältnisse im Zusammenhang mit der Errichtung, der Betreuung, Verkauf und die weitere Betreuung bis zum Ablauf der Gewährleistungspflichten auch für den Bauträger der dem unterzeichneten Geschäftsführer vertraglich zugestandene Satz von 3 % der Baukosten auf 5 % rückwirkend ab Beginn der Arbeiten erhöht wird, Sie Ihr Einverständnis erteilt haben. Herr W. handelt wegen der erfolgten Abtretung auch für Frau Marianne K."

Die Ehefrau des Beklagten hatte unter anderem ausgesagt, der Kläger zu 2 sei öfter zu ihrem Mann gekommen und habe gemeint, daß 3 % Entschädigung zu niedrig seien. Einmal habe er gesagt, ihr Mann fahre ja schon allein ein bis zwei Autos kaputt, bis der Bau fertig sei.

"Wann nun das Gespräch genau stattfand, weiß ich nicht. Herr W. hat das immer wieder vorgebracht. Mein Mann hat dieses Angebot auch angenommen und im Jahre 1974 entsprechend an Herrn W. und an Herrn P. geschrieben. ...

Auf Vorhalt: Nach meiner Erinnerung hat Herr W. das Angebot bereits im Jahre 1971 gemacht. Mein Mann hat damals auch dieses Angebot angenommen. Auf Vorhalt: Auch wenn das Schreiben an Herrn P. erst im Oktober 1974 datiert, so erfolgte das Angebot durch Herrn W. und die Annahme dieses Angebots, die Vergütung zu erhöhen, bereits zu Beginn des Baues, etwa im Jahre 1971. Mein Mann kam vor lauter Arbeit nicht dazu, vorher das Herrn Prof. P. mitzuteilen. Es kann jedoch sein, daß außer dem Schreiben vom Jahre 1974 bereits vorher eine Mitteilung erfolgt ist ...".

Auf Grund dieser Aussage und der vorgelegten Briefe - der Kläger zu 2 hat nicht behauptet, dem Brief vom 13. Oktober 1974 widersprochen zu haben - hat das

Landgericht für erwiesen gehalten, daß nachträglich, als der gesamte Umfang der zu entwickelnden Tätigkeit erkannt wurde, das Honorar von den Gesellschaftern einvernehmlich auf 5 % erhöht worden sei (Landgerichts-urteil S. 18). Wollte das Berufungsgericht demgegenüber der Zeugenaussage entnehmen, der Kläger habe die Erhöhung nur im Jahre 1971 angeboten, und der Beklagte habe dieses Angebot erst im Jahre 1974 und damit - weil verspätet - nicht wirksam angenommen, so hätte es die Zeugin erneut vernehmen müssen; denn es gab damit der Aussage, in der von einem Einverständnis des Klägers zu 2 und des Beklagten bereits im Jahre 1971 die Rede ist, einen anderen Sinn als das Landgericht, was ohne eigene Vernehmung nicht zulässig gewesen wäre (vgl. BGH Urt. v. 14.10.1981 - IV a ZR 152/80 = LM ZPO § 398 Nr. 13 = NJW 1982, 1052 unter II). Eine Änderung des Gesellschaftsvertrages kann in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch formlos ohne Versammlungsbeschuß in der Weise herbeigeführt werden, daß die Gesellschafter nacheinander ihr Einverständnis erklären, sofern sie nur bis zur Zustimmung des letzten Gesellschafters daran festhalten.

Damit der Streitstoff noch einmal gewürdigt und
- wenn sich dies als notwendig erweisen sollte - die
Ehefrau des Beklagten erneut vernommen werden kann,
war - im Wege des Versäumnisurteils - das angefochtene
Urteil teilweise aufzuheben und im Umfange der Aufhebung
die Sache zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der
Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Bauer

Bundschuh