

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

II ZR 234/92

Verkündet am:
5. Juli 1993
Spengler
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Erich B. [REDACTED], W. [REDACTED]straße [REDACTED], P. [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Dr. Klaus B. [REDACTED], R. [REDACTED]straße [REDACTED], K. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1993 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhricht, Stodolkowitz und Dr. Greger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 8. April 1992 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien und der Immobilienkaufmann Gerhard S. gründeten 1980 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Erwerb eines Hausgrundstücks, das umgebaut, in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt und wieder veräußert werden sollte. Das Vorhaben geriet in wirtschaftliche Schwierigkeiten, weil sich das Wohnungs- und Teileigentum nicht wie geplant veräußern ließ. Mit notariellem Vertrag vom 21. März 1986 (Urkundenrolle-Nr. /1986 Z des Notars Dr. Z. in S.) vereinbarten die Parteien, daß jeder Gesellschafter einen Teil der Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten zu Alleineigentum erwarb. Dem Kläger wurden vier Wohnungseigentumseinheiten zugewiesen, die jeweils mit Grundschulden von 45.000,-- DM zugunsten des Beklagten belastet waren. Der Kläger übernahm die dadurch gesicherten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber dem Beklagten schuldbefreiend für die übrigen Gesellschafter und verpflichtete sich, den durch die Grundschulden gesicherten Betrag von 180.000,-- DM nebst Zinsen an den Beklagten zu zahlen. In einem weiteren Vertrag vom 21. März 1986 (Urkundenrolle-Nr. /1986 Z des Notars Dr. Z. in S.) trafen die Parteien zusätzliche Regelungen bezüglich der von dem nicht mehr zahlungsfähigen Mitgesellschafter S. gegenüber dem Beklagten zu leistenden Beträge.

Nach Zahlung von 180.000,-- DM nebst Zinsen verlangt der Kläger von dem Beklagten die Abtretung der Grundschulden an seine Ehefrau. Der Beklagte beruft sich auf ein Zurückbehaltungsrecht; aus der Auflösung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts stehe ihm noch ein Ausgleichsanspruch von etwa



500.000,-- DM zu. Davon macht er widerklagend einen Teilbetrag von 200.000,-- DM geltend. Der Kläger widerspricht dem mit der Begründung, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei mit den Verträgen vom 21. März 1986 endgültig auseinandergesetzt worden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat durch den Einzelrichter unter anderem den früheren anwaltlichen Berater des Beklagten, Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED], sowie - gemäß § 377 Abs. 3 ZPO schriftlich - den Notar Dr. Z. [REDACTED] als Zeugen vernommen und danach durch den Senat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine ursprünglichen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung darauf gestützt, daß es aus der Beweisaufnahme die Überzeugung gewonnen habe, die zwischen den Parteien und Schäfer bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts sei durch die notariellen Verträge vom 21. März 1986 abschließend und ohne Vorbehalt auseinandergesetzt worden. Ausgleichsforderungen habe der Beklagte zudem nicht schlüssig dargelegt. Die Revision beanstandet das Verfahren, mit dem das Berufungsgericht zu dieser Feststellung gelangt ist, als fehlerhaft; die Zeugen Dr. M. [REDACTED] und Dr. Z. [REDACTED] hätten durch den Senat in seiner

Spruchbesetzung vernommen werden müssen. Außerdem habe das Berufungsgericht bei seiner Beweiswürdigung den Prozeßstoff nicht vollständig berücksichtigt und sei Widersprüchen nicht nachgegangen. Mit dieser Rüge hat die Revision Erfolg.

Dabei kann offenbleiben, ob das Berufungsgericht dadurch, daß es den Zeugen Dr. M. [REDACTED] durch den Einzelrichter und den Zeugen Dr. Z. [REDACTED] schriftlich vernommen hat, gegen die Grundsätze des § 286 ZPO verstoßen hat. Die Revision ist jedenfalls deswegen begründet, weil die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts weder vollständig noch frei von Widersprüchen ist.

Die Aussage des Notars Dr. Z. [REDACTED], der die Verträge vom 21. März 1986 beurkundet sowie die Vorbesprechung vom 12. März 1986 mit den Parteien, dem Mitgesellschafter S. [REDACTED] und dem Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED] durchgeführt hat, bietet in ihrer Gesamtheit keine ausreichende Grundlage für die Annahme des Berufungsgerichts, die Gesellschaft sei mit diesen beiden Verträgen abschließend auseinandergesetzt worden. Zwar gibt der Zeuge an, daß die ursprünglich beabsichtigte Teilauseinandersetzung fallengelassen worden sei. Das bezieht sich jedoch nur darauf, daß über die abschließende Regelung "aller Ansprüche der Gesellschafter untereinander bezüglich der gesellschaftsgegenständlichen Wohnungs- und Teileigentumsrechte und der damit zusammenhängenden Verbindlichkeiten" hinaus in einer weiteren Urkunde die Folgen der Nichterfüllung der Zahlungspflichten des in Vermögensverfall geratenen Mitgesellschafter S. [REDACTED] geregelt wurden. Der möglicherweise begrenzte Zweck der notariellen Verträge wird weiterhin durch die Angabe des Zeugen deutlich, er könne

sich an eine Diskussion über Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die nicht aus dem Grundbuch ersichtlich waren, nicht entsinnen; offene Darlehensforderungen des Beklagten seien ihm nicht bekannt gewesen. Es sei lediglich um die grundbuchmäßig abgesicherten Verbindlichkeiten nebst etwaigen Verwalterkosten und deren Befriedigung sowie die Folgen einer etwaigen Insolvenz des Mitgesellschafters S. [REDACTED] gegangen. Demgemäß habe er auch nicht auf eine Vertragsformulierung dringen können, die geregelt hätte, was mit den weiteren Forderungen gegenüber der Gesellschaft zu geschehen habe. Das erklärt das Fehlen einer Abgeltungsklausel in dem Auseinandersetzungsvertrag. Im Zusammenhang mit der Erläuterung des Zwecks der Vereinbarung betreffend die Verpflichtungen des Mitgesellschafters S. [REDACTED] umschreibt der Zeuge Zweck und Inhalt dieses Vertrages damit, daß die Gesellschafter sich hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens Grundbesitz in vollem Umfang auseinandergesetzt hätten. Im übrigen war für ihn selbstverständlich, daß die Gesellschaft mindestens so lange fortbestehen würde, bis jegliches Gesellschaftsvermögen und jegliche Verbindlichkeiten auseinandergesetzt waren. Beide Verträge hätten gerade die Verpflichtung zur Auseinandersetzung begründet. Diese vom Berufungsgericht überwiegend nicht erörterten Teile der Aussage des Dr. Z. [REDACTED] lassen die Behauptung des Beklagten, Vertragsgegenstand sei nur eine Teilauseinandersetzung bezüglich des Gesellschaftsvermögens sowie eine Regelung der Folgen der Zahlungsunfähigkeit des Mitgesellschafters Schäfer gewesen, anschließend habe eine Schlußabrechnung aller verbleibenden Forderungen und Verbindlichkeiten stattfinden sollen, als durchaus möglich erscheinen.

Die Aussage des Rechtsanwalts Dr. M. [REDACTED] ist noch weniger geeignet, die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung zu stützen.

Die Revision macht zu Recht geltend, daß dieser Zeuge seine Aussage nicht hinreichend vorbereitet hatte. Eigenem Eingeständnis zufolge war Grundlage seiner Aussage lediglich seine Erinnerung; seine Akten von damals hat er nicht mehr durchgesehen. Die Vorgänge, über die er zu berichten hatte, lagen zum Zeitpunkt seiner Aussage knapp sechs Jahre zurück. In einem solchen Fall hat das Gericht gemäß der durch das Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz vom 17. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2847) eingeführten und hier ab 1. April 1991 anwendbaren (vgl. Art. 10, 11 des Gesetzes) Vorschrift des § 378 ZPO anzuordnen, daß der Zeuge Aufzeichnungen und andere Unterlagen einzusehen und zum Termin mitzubringen hat; der Zeuge hat die Pflicht, seine Aussage vorzubereiten. Eine solche Vorbereitung war dem Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED] als früherem Berater des Beklagten ohne weiteres zuzumuten.

Infolge dieser mangelnden Vorbereitung ist seine Aussage nicht nur von der Wiedergabe von Tatsachen, sondern auch von Schlußfolgerungen bestimmt. Zu der entscheidenden Frage, ob die notariellen Verträge sämtliche damals bestehenden Verbindlichkeiten abgelten sollten, gibt er lediglich eine Ansicht wieder. Diese Meinung begründet er zwar mit der Entstehungsgeschichte der Verträge; so führt er aus, der Beklagte habe wegen der Zahlungsschwierigkeiten des Mitgesellschafters S. [REDACTED] und des Klägers gegenüber seinen ursprünglichen Vorstellungen zurückgesteckt, er habe es vermeiden wollen, weitere Prozesse führen zu müssen. Es erscheint aber

als möglich, daß er hierbei die Verbindlichkeiten der Gesellschaft und die Verbindlichkeiten des Mitgesellschafters S. [REDACTED] verwechselt. Die Zahlungsunfähigkeit von S. [REDACTED] barg in der Tat erhebliche finanzielle Risiken für den Beklagten, die sich später auch realisiert haben. Diese Ausfälle mußte er letztlich allein tragen, weil es ihm nicht gelungen war, die zunächst von ihm angestrebte Mithaftung des Klägers durchzusetzen. Insoweit mußte der Beklagte erhebliche Abstriche in Kauf nehmen. Das betrifft aber nicht die Verbindlichkeiten der Gesellschaft dem Beklagten gegenüber.

Darüber hinaus bestehen zwei Widersprüche zu den Angaben des Dr. Z. [REDACTED]. Dr. M. [REDACTED] hat nämlich an dem Beurkundungstermin vom 21. März 1986 nicht teilgenommen, er war lediglich bei der Vorbesprechung am 12. März 1986 anwesend. Bei dem Beurkundungstermin ist die Sache noch einmal ausführlich erörtert worden, wovon Dr. M. [REDACTED] aus eigener Wahrnehmung nichts wissen kann. Noch schwerwiegender ist der Umstand, daß er bekundet hat, es sei während der Verhandlungen ausführlich darum gegangen, welche Verbindlichkeiten noch bestanden. Das steht in Gegensatz zu den Angaben des Dr. Z. [REDACTED], der sich an eine Diskussion über derartige Verbindlichkeiten nicht entsinnen konnte und dies damit belegt hat, daß er sonst auf eine entsprechende Vertragsformulierung gedrungen hätte. Die Wertung des Berufungsgerichts, der Inhalt der Verhandlungen habe sich im Erinnerungsbild beider Zeugen eingeprägt und sei von ihnen übereinstimmend wiedergegeben worden, findet daher in ihren Bekundungen keine hin-

reichende Grundlage. Zur Aufklärung dieser Widersprüche wäre es vielmehr angezeigt gewesen, beide Zeugen erneut zu vernehmen und einander gegenüberzustellen.

Das Berufungsgericht hat weiterhin ein Interesse des Zeugen Dr. M. am Ausgang des Rechtsstreits mit einer lediglich formelhaften Wendung verneint. Das erscheint wegen dessen Tätigkeit für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, den Beklagten und den Mitgesellschafter S., die zum Teil gegen den Kläger gerichtet war, und im Hinblick auf die von dem Beklagten nach der Einzelrichtervernehmung des Zeugen vorgelegten schriftlichen Unterlagen nicht unbedenklich. Seinen Schreiben vom 8. und 14. April 1986 sowie vom 6. März 1987 lassen sich immerhin Anzeichen dafür entnehmen, daß er selbst davon ausging, daß nach der Verteilung des Gesellschaftsvermögens die verbleibenden Verbindlichkeiten nach Erstellung einer Schlußrechnung ausgeglichen werden sollten. Die Bitte an den Steuerberater, eine Abschlußbilanz zu erstellen, die Anregung, streitige Positionen im Rahmen einer Besprechung zu klären, und die Weigerung, die Grundsschulden vor einer abschließenden Liquidation und vor der Stellung von Sicherheiten für die Forderungen des Beklagten abzutreten, lassen sich ohne weiteres im Sinne des Beklagten interpretieren. Das gilt um so mehr, als auch der Kläger in einem Schreiben vom 5. Juni 1987 davon ausgeht, daß er Verluste der Gesellschaft auszugleichen habe, und weiter ausführt, der Verlust sei bis zu diesem Zeitpunkt nicht festgestellt worden. Diese Schreiben hätten dem Zeugen Dr. M. bei einer erneuten Vernehmung vorgehalten werden müssen. Erst

dann hätte das Berufungsgericht die Frage, ob der Zeuge ein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hat, abschließend würdigen können.

Insgesamt läßt sich nicht ausschließen, daß das Berufungsgericht bei ordnungsgemäßer Beweiserhebung und Beweiswürdigung zu einem für den Beklagten günstigen Ergebnis gelangt wäre. Deshalb ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

2. Revisionsrechtlich ist danach zu unterstellen, daß die Gesellschaft durch die notariellen Verträge vom 21. März 1986 nicht endgültig auseinandergesetzt worden ist. Da das Vermögen der Gesellschaft, nämlich das Wohn- und Teileigentum, bereits vollständig an die Gesellschafter verteilt ist, geht es dabei nur um die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, namentlich die Darlehensschulden gegenüber dem Beklagten, sowie um die Ausgleichsansprüche des Beklagten für Zahlungen, die er aufgrund seiner gesamtschuldnerischen Haftung für die Gesellschaft und mit befreiender Wirkung zugunsten der anderen Gesellschafter erbracht hat. Derartige Ansprüche könnte der Beklagte gegebenenfalls der Klageforderung im Wege des Zurückbehaltungsrechts entgegenhalten sowie mit der Widerklage geltend machen.

a) Der Vorlage einer Auseinandersetzungsbilanz bedarf es dazu nicht. Zwar läßt sich regelmäßig nur durch Vorlage einer Bilanz, in die die einzelnen Forderungen als unselbständige Rechnungsposten eingestellt sind, ermitteln, welcher Gesellschafter noch etwas zu erhalten und welcher noch etwas an die Gesellschaft zu zahlen hat. Die Rechtsprechung (vgl.

die Nachw. bei Kellermann/Stodolkowitz, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, RWS-Skript 20, 3. Aufl. 1990, S. 108 f.; MünchKomm./Ulmer, BGB 2. Aufl. § 730 Rdn. 37 f.) läßt davon jedoch zahlreiche Ausnahmen zu. Einer Auseinandersetzung bedarf es zum Beispiel dann nicht, wenn kein zu liquidierendes Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden ist; derjenige, der sich im Ergebnis ein Guthaben ausrechnet, kann dieses aufgrund einer einfachen Auseinandersetzungsrechnung geltend machen. Über deren Richtigkeit muß notfalls im Prozeß entschieden werden (Sen.Urt. v. 10. November 1969 - II ZR 40/67, WM 1970, 280, 281). So liegt der Fall hier. Nach Verteilung des Wohn- und Teileigentums an die Gesellschafter ist kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden, das liquidiert werden könnte. Es geht nur noch darum, wie die verbliebenen Gesellschaftsverbindlichkeiten intern unter den Gesellschaftern aufzuteilen sind. Dabei kann der dritte Mitgesellschafter S. [REDACTED] unbeachtet bleiben. Er ist seit Jahren zahlungsunfähig, seine Verpflichtungen aus dem Vertrag vom 21. März 1986 konnte er nicht erfüllen, die ihm übertragenen Eigentumswohnungen sind inzwischen zwangsversteigert worden. Es handelt sich deshalb bezüglich des Mitgesellschafters S. [REDACTED] nur darum, den auf ihn entfallenden Verlust nach den Bestimmungen der beiden notariellen Verträge und im übrigen gemäß § 735 Satz 2 BGB auf die Parteien des Rechtsstreits zu verteilen.

b) Allerdings fehlt bisher selbst eine einfache Schlußabrechnung. Eine Nachbesserung nach Aufhebung und Zurückverweisung erscheint aber möglich. Erforderlich ist zudem eine genaue Abgrenzung zu den mit der Klage vom 19. April 1991

(derzeit beim Berufungsgericht anhängig unter dem Aktenzeichen 6 U 216/91) erhobenen Ansprüchen. Im einzelnen gilt insbesondere folgendes:

Der Beklagte beruft sich zur Begründung der Widerklageforderung in erster Linie auf von ihm der Gesellschaft gewährte Darlehen, die noch in Höhe von ca. 450.000,-- DM offen seien. Der Kläger hat die Richtigkeit dieser Abrechnung pauschal bestritten. Der Beklagte hat jedoch die Bilanzen der Gesellschaft für die Jahre 1980 bis 1985 vorgelegt; des weiteren hat er eine Betriebsaufgabebilanz zum 30. September 1986 und einen Prüfbericht des Finanzamts zur Akte gereicht. Daneben hat er sich auf das Zeugnis des Steuerberaters der Gesellschaft berufen. Damit hat er seiner Darlegungslast genügt; anhand dieser Beweismittel und gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen dürfte festzustellen sein, ob und in welcher Höhe Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschaft noch nicht ausgeglichen sind.

Der Beklagte beruft sich weiterhin auf Zahlungen von zusammen rund 200.000,-- DM, die er im Zeitraum vom 10. Januar 1986 bis zum 15. Juni 1989 aufgrund seiner gesamtschuldnerischen Haftung an Gläubiger der Gesellschaft geleistet haben will. Dies wird der Beklagte angesichts des Bestreitens des Klägers im einzelnen zu belegen haben. Allerdings setzt sich der Kläger mit diesem Bestreiten zum Teil in Widerspruch zu früheren Schreiben, insbesondere dem vom 20. Dezember 1986. In diesem Schreiben heißt es nämlich, daß er wisse, daß auch der Beklagte Verbindlichkeiten der Gesellschaft bezahlt habe bzw. dafür in Vorlage getreten sei. Im einzelnen genannt werden die Verbindlichkeiten gegenüber der Hausverwaltung

H. von ca. 78.000,-- DM und gegenüber der Gemeinde Kelttern. Das kann nur so verstanden werden, daß auch der Kläger davon ausging, er werde diese und gegebenenfalls andere von dem Beklagten verauslagte Gesellschaftsschulden mittragen müssen. Andernfalls hätte die in dem genannten Schreiben enthaltene Bitte, eine Abrechnung zu erstellen, keinen rechten Sinn. Dem Beklagten dürften daher, was er allerdings weiter zu belegen hat, Ausgleichsansprüche in nicht unbedeutender Höhe zustehen.

c) Das Berufungsgericht wird, sofern dem Beklagten ein Ausgleichsanspruch zusteht, zu prüfen haben, ob er wegen derartiger Ansprüche ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB gegenüber der Klageforderung besitzt. Das angefochtene Urteil enthält dazu - vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus folgerichtig - keine Feststellungen. Das Landgericht hatte ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Natur des Gläubigeranspruchs ausgeschlossen. Dafür könnte sprechen, daß die Verteilung des Wohn- und Teileigentums unter die Gesellschafter gemäß dem notariellen Vertrag vom 21. März 1986 dazu dienen sollte, die Verbindlichkeiten der Gesellschaft möglichst weitgehend zurückzuführen. Das konnte aber nur bei einer Veräußerung der Eigentumswohnungen gelingen. Dabei waren die zugunsten des Beklagten eingetragenen Grundschulden naturgemäß hinderlich. Das konnte dazu führen, daß mit der Zahlung des vertraglich vereinbarten und dem Nennwert der Grundpfandrechte entsprechenden Betrages von 180.000,-- DM nebst Zinsen die Abtretung der Grundpfandrechte fällig sein sollte, ohne daß es auf das Bestehen weiterer Forderungen des Beklagten ankam; denn nur dann konnte der Kläger ohne weiteres über die Eigentumswohnungen verfügen. Den Vereinba-

rungen der Parteien könnte sich deshalb konkludent ein Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes entnehmen lassen (vgl. dazu MünchKomm./Keller aaO § 273 Rdn. 37; Soergel/Manfred Wolf, BGB 12. Aufl. § 273 Rdn. 34). Diese Frage wird das Berufungsgericht anhand des Ergebnisses der durchzuführenden Beweisaufnahme und nach Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen zu prüfen haben.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhricht

Stodolkowitz

Dr. Greger