

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
nur Leitsatz 1

ZPO § 767

Auf eine Einwendung, die vor der letzten Tatsachenverhandlung eines früheren Vollstreckungsgegenklageverfahrens entstanden war, kann der Schuldner eine erneute Vollstreckungsgegenklage auch dann nicht stützen, wenn er sie im früheren Rechtsstreit unverschuldet nicht geltend gemacht hatte.

HGB §§ 161, 105; BGB § 706

- a) Erbringt ein persönlich haftender Gesellschafter eine Einlage zugunsten eines Kommanditisten, so wird dieser von seiner Einlagepflicht nicht befreit, wenn der persönlich haftende Gesellschafter zur Einlageleistung ein Darlehen aufgenommen und zu dessen Absicherung Werte der Gesellschaft zur Verfügung gestellt hat.
- b) Erbringt ein persönlich haftender Gesellschafter eine Einlage zugunsten eines Kommanditisten und nimmt er hierzu ein Darlehen auf, das er mangels hinreichenden eigenen Vermögens nur durch unberechtigte Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen zurückzahlen kann, so ist, falls das Darlehen später aus Mitteln der Gesellschaft zurückgezahlt wird, auch der Kommanditist der Gesellschaft zur Erstattung verpflichtet.

BGH, Urt. v. 21. Mai 1973 - II ZR 22/72 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 22/72

URTEIL

Verkündet am

21. Mai 1973

Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Rita B [REDACTED] geb. H [REDACTED],
B [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Industriebeteiligungen H [REDACTED] KG, B [REDACTED],
vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin
Gerda H [REDACTED], B [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. März 1973 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 26. Oktober 1971 aufgehoben.

Hinsichtlich der Klage gegen die Vollstreckung der Darlehensforderung der Beklagten über 4.000 DM aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars Dr. Kurt G., B., vom 27. Mai 1969 - Urkundenrolle /69 - wird die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 4. Dezember 1970 zurückgewiesen.

Wegen der Zahlungsklage wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten der Revision trägt die Klägerin 2/17. Die Entscheidung über die weiteren Kosten der Revision bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine zur steuerbegünstigten Kapitalanlage gegründete Kommanditgesellschaft; ihr gehören gegenwärtig mehrere hundert Kommanditisten an. Einziger persönlich haftender Gesellschafter war bis 22. November 1969 Günter B., der Ehemann der Beklagten. B. hatte unter anderem die Aufgabe, entsprechenden Kapitalbedürfnissen der Gesellschaft weitere Kommanditisten aufzunehmen und mit ihnen im Namen der Gesellschafter die Beitrittsverträge abzuschließen.

Am 30. Dezember 1968 zeichnete B. sowohl von der Klägerin als auch von der Beklagten, von der er eine Generalvollmacht hatte, von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit - im Namen der Beklagten eine Kommanditbeteiligung über 250.000 DM. Zur Einbezahlung der Einlage überwies er von seinem Konto bei der Bank für Gemeinwirtschaft 200.000 DM an die Klägerin, die ihr Geschäftskonto ebenfalls bei dieser Bank unterhielt; der Betrag ging am 31. Dezember 1968 bei der Klägerin ein. Ferner ließ B. am 3. März 1969 von seinem Kapitalkonto bei der Kommanditgesellschaft 50.000 DM auf das Kapitalkonto der Beklagten umbuchen. Die Ende 1968 überwiesenen 200.000 DM wurden auf Anweisung B. vom 21. März 1969 am 4. Juli 1969 vom Bankkonto der Klägerin auf sein Konto zurückübertragen.

Am 3. September 1969 trat die Beklagte ihre Kommanditbeteiligung an ihren Ehemann ab. Dieser erklärte mit notarieller Urkunde vom 26. September 1969, daß er im

eigenen Namen und im Namen der Beklagten den Kommanditanteil zum 31. Dezember 1969 kündige.

Die Klägerin nimmt nunmehr die Beklagte wegen der in ihrem Namen gezeichneten Kommanditeinlage in Anspruch. Sie ist der Auffassung, daß die Einlageverpflichtung in Höhe von 250.000 DM bisher nicht wirksam erfüllt sei. Die am 31. Dezember 1968 auf das Gesellschaftskonto überwiesenen 200.000 DM hätten der Gesellschaft wirtschaftlich gesehen nie zur Verfügung gestanden. B., der praktisch über kein privates Vermögen verfügt habe, habe bei der Bank für Gemeinwirtschaft ein kurzfristiges Darlehen von 200.000 DM aufgenommen; zur Sicherung dieses Kredits habe er der Bank den Zugriff auf das Geschäftskonto der Klägerin eröffnet. Sodann habe er die 200.000 DM auf das Konto der Klägerin überwiesen, jedoch von vornherein mit der Absicht, die Überweisung alsbald wieder rückgängig zu machen. Ebensowenig könne auch die gesellschaftsinterne Umbuchung der 50.000 DM vom Kapitalkonto B. auf das Kapitalkonto der Beklagten als wirksame Einlageleistung angesehen werden. Der Gesellschaft sei hierdurch kein zusätzlicher Vermögenswert zugeflossen; das Kapitalkonto B. sei in den Jahren 1968 und 1969 stets negativ gewesen. Die Beklagte sei auch, wie die Klägerin weiter vorträgt, nach wie vor Gesellschafterin; die am 3. September 1969 vorgenommene Abtretung der Kommanditbeteiligung an Günter B. sei unwirksam gewesen, da der Verwaltungsrat die dazu erforderliche Zustimmung nicht erteilt habe.

Von den nach ihrer Auffassung geschuldeten 250.000 DM hat die Klägerin wegen anderweitiger Aufrechnungen 31.500 DM abgesetzt. Von dem verbleibenden Restbetrag macht sie mit der jetzigen Klage eine Teilforderung von 34.000 DM geltend, nämlich

1. 4.000 DM im Wege der Vollstreckungsgegenklage, indem sie in diesem Umfang mit der von ihr behaupteten Teilforderung wegen Nichtleistung der Einlage in Höhe von 50.000 DM gegen einen vollstreckbaren, in notarieller Urkunde vom 17. Mai 1969 verbrieften Darlehensanspruch der Beklagten aufrechnet,
2. 30.000 DM im Wege der Zahlungsklage, und zwar 14.900 DM von dem Anspruch über 50.000 DM und weitere 15.100 DM von dem Anspruch über 200.000 DM wegen Rücküberweisung des Betrages an B■■■.

Die Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, daß ihre frühere Einlageverpflichtung durch die Überweisung der 200.000 DM an die Klägerin und die Umbuchung der 50.000 DM vom Kapitalkonto ihres Mannes auf ihr eigenes Kapitalkonto erfüllt sei. Günter B■■■ habe bei der Kommanditgesellschaft Ende 1968 und im Jahre 1969 ein Guthaben von über 400.000 DM gehabt und sei dadurch zur Entnahme der 50.000 DM bzw. zu deren Verwendung zugunsten der Beklagten befugt gewesen. Die Rücküberweisung der 200.000 DM betreffe allein das Verhältnis zwischen der

Klägerin und B■■■■. Daß ihr Ehemann von vornherein den Zweck verfolgt habe, die überwiesenen 200.000 DM keinesfalls bei der Gesellschaft zu belassen, hat die Beklagte bestritten, ebenso die Behauptung der Klägerin, B■■■■ habe der Bank für Gemeinwirtschaft zur Sicherung des Kredits über 200.000 DM den Zugriff auf das Geschäftskonto der Klägerin eröffnet.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen: den Vollstreckungsabwehrantrag wegen Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, den Zahlungsantrag als unbegründet. Demgegenüber hat das Oberlandesgericht den Klageanträgen stattgegeben. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Vollstreckungsgegenklage unzulässig.

1. Allerdings ist die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, wie das Oberlandesgericht entgegen dem erstinstanzlichen Urteil zutreffend angenommen hat, gegeben. Weder die in der notariellen Urkunde vom 27. Mai 1969 verbriefte Hauptforderung der Beklagten - Anspruch auf Rückzahlung einer früheren Kommanditeinlage der Beklagten aus der Zeit vor 1968,

die in ein Darlehen umgewandelt worden war - noch die Aufrechnungsforderung der Klägerin - Anspruch gegen die Beklagte auf Einzahlung der am 30. Dezember 1968 übernommenen Kommanditeinlage - rühren aus einem Arbeitsverhältnis her, so daß die Zuständigkeitsbestimmung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 ArbGG nicht eingreift. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist die Hauptforderung der Beklagten auch nicht etwa deswegen als arbeitsrechtlicher Anspruch zu qualifizieren, weil sie zusammen mit weiteren Forderungen der Beklagten, hinsichtlich deren das Landgericht die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit bejaht hat, in eine vollstreckbare notarielle Urkunde aufgenommen wurde und zur Sicherung sämtlicher Ansprüche ein einheitlicher Sicherungsübereignungsvertrag geschlossen worden ist. Diese rein äußerliche Zusammenfassung der Darlehensforderung mit arbeitsrechtlichen Ansprüchen begründet keine ausschließliche arbeitsgerichtliche Zuständigkeit.

2. Die Vollstreckungsgegenklage ist jedoch gemäß § 767 Abs. 3 ZPO unzulässig.

a) Die Klägerin hatte bereits in einem früheren Rechtsstreit, der vom Landgericht an das Arbeitsgericht Berlin verwiesen wurde (Az. 36 Ca 114/70), Vollstreckungsgegenklage gegen die notarielle Urkunde vom 27. Mai 1969 erhoben. Soweit die vollstreckbare Urkunde den hier streitigen Darlehensanspruch in Höhe von 4.000 DM betraf, hatte die Klägerin im damaligen Verfahren geltend gemacht, die beurkundete Verpflichtungserklärung sei nichtig, jedenfalls aber sei der angebliche

Darlehensrückzahlungsanspruch noch nicht fällig. Durch Teilurteil, rechtskräftig seit dem 28. Juni 1970, hat das Arbeitsgericht diese Klage abgewiesen. Im jetzigen Verfahren macht die Klägerin gegenüber dem Darlehensanspruch als weitere Einwendung geltend, daß die Rückzahlungsforderung durch Aufrechnung mit dem Anspruch auf Einbezahlung der von der Beklagten 1968 übernommenen Kommanditeinlage erloschen sei. Diese Einwendung war jedoch - sofern man den Einlagenanspruch der Klägerin als gegeben unterstellt - bereits im Jahre 1968 oder 1969, mithin vor der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses (22. April 1970), entstanden. Sie hätte also gemäß § 767 Abs. 3 ZPO mit der früheren Klage - d. h. im früheren Klageverfahren (RGZ 55, 101, 104) - geltend gemacht werden müssen (BGH Urt. v. 6.2.1967 - VIII ZR 24/66 - LM ZPO § 767 Nr. 32).

b) Unerheblich ist das Vorbringen der Klägerin, die Tatsachen, die sie im gegenwärtigen Rechtsstreit zur Begründung der Gegenforderung vorgetragen hat, seien ihr erst nach Erlaß des arbeitsgerichtlichen Urteils bekannt geworden. Für die Frage, welche Einwendungen durch die rechtskräftige Entscheidung eines früheren Prozesses ausgeschlossen sind, kommt es allein auf den Zeitpunkt der Entstehung der Einwendungen an, nicht etwa darauf, wann die Einwendungen dem Schuldner bekannt werden oder ab wann sie, ohne daß ein Verschulden des Schuldners vorliegt, von diesem erstmals mit Erfolg hätten geltend gemacht werden können. Allerdings ist im Schrifttum streitig, ob diese - aus § 767 Abs. 2 ZPO abzuleitende - Auffassung vom zeitlichen Umfang der

Urteilsrechtskraft auch für den Fall des § 767 Abs. 3 ZPO gilt (so Planck, Civilprozeßrecht Bd. II S. 701 Fn. 30; Wieczorek, ZPO § 767 Anm. G IV b 1; vgl. auch BGH, Urt. v. 30.5.60 - II ZR 207/58 - IM ZPO § 322 Nr. 27 unter II) oder ob nicht hier - ähnlich wie bei § 274 Abs. 3 ZPO und wie überwiegend für § 616 ZPO vertreten (RGZ 126, 264; 158, 199, 202; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO § 616 Anm. III 3; teilw. a. A. BGHZ 45, 329, 331 ff) - die Präklusion früher entstandener Tatsachen und Einwendungen nur bei schuldhafter Versäumung ihres Vorbringens eingreift (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO § 767 Anm. 5; Mohrbutter, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts S. 91 zu Fn. 120; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO § 767 Anm. V; Schwab, Streitgegenstand S. 164; Habscheid, Streitgegenstand S. 301; Zeuner, ZZP 74, 192; Bötticher, JZ 1966, 616; Baumgärtel/Scherf, JR 1968, 368, 370). Die Vertreter der letztgenannten Absicht berufen sich insbesondere auf den Wortlaut des § 767 Abs. 3 ZPO, der darauf abstellt, ob der Schuldner die Einwendungen geltend zu machen "imstande war". Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Aus der Fassung des § 767 Abs. 3 ZPO ("imstande war") ist keineswegs zwingend zu folgern, daß es hier - anders als bei § 767 Abs. 2 ZPO - nicht auf das Geltendmachen können im rein zeitlich-objektiven Sinn, sondern auf das Können im subjektiven Sinn ankomme. Im Gegensatz zu § 274 Abs. 3 ZPO nämlich, der den Verlust der prozeßhindernden Einreden ausdrücklich an das Erfordernis des Verschuldens knüpft, ist in § 767 Abs. 3 ZPO eine derartige Voraussetzung nicht genannt. Es wäre auch kein

sachlicher Grund ersichtlich, den Geltungsumfang bei einem Urteil, das eine Vollstreckungsgegenklage abweist, anders zu bestimmen als den zeitlichen Umfang der Rechtskraft bei einem Urteil, das einer Leistungs- oder positiven Feststellungsklage stattgibt oder eine negative Feststellungsklage abweist. Die Gründe, die in diesen Fällen für eine objektiv-abstrakte Bestimmung des Rechtskraftumfanges gelten, treffen für die Vollstreckungsgegenklage in gleicher Weise zu, insbesondere der Gesichtspunkt, daß das Abstellen auf die konkreten, dem Schuldner bekannten bzw. erkennbaren Umstände für den Gläubiger eine unzumutbare Unsicherheit hinsichtlich der Geltungskraft des von ihm erstrittenen Urteils mit sich bringen würde. Daß demgegenüber in den Fällen des § 616 ZPO eine derartige Unsicherheit hingenommen wird, beruht auf besonderen Erwägungen, die im Fall der Vollstreckungsgegenklage keine Bedeutung haben.

c) Unzutreffend ist schließlich auch die von der Klägerin vertretene, vom Berufungsgericht gebilligte Auffassung, der Ausschluß von Einwendungen greife im vorliegenden Fall deswegen nicht ein, weil es sich um die Vollstreckungsgegenklage gegen eine vollstreckbare Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) handle und bei dieser gemäß § 797 Abs. 4 ZPO die Bestimmung des § 767 Abs. 2 ZPO, die die spätere Geltendmachung im Vorprozeß möglicher Einwendungen ausschließt, nicht anwendbar sei. Hierbei haben die Klägerin und das Berufungsgericht verkannt, daß § 797 Abs. 4 ZPO nach seinem offenkundigen Sinn nur den Normalfall regelt, daß gegen eine vollstreckbare Urkunde

erstmals eine Vollstreckungsgegenklage erhoben wird. In diesen Fällen ist nämlich - anders als bei einer Vollstreckungsgegenklage gegen ein vollstreckbares Urteil - die titulierte Forderung, gegen die sich die Klage richtet, noch nicht gerichtlich geprüft, so daß ein Ausschluß früher entstandener Einwendungen, nicht gerechtfertigt wäre. Hat dagegen, wie im vorliegenden Fall, bereits ein früheres Vollstreckungsgegenklageverfahren stattgefunden, in dem über den vollstreckbaren Anspruch gerichtlich entschieden worden ist, so besteht kein Anlaß, § 767 Abs. 2 ZPO nicht anzuwenden und den Schuldner besser zu stellen, als wenn er etwa gegen eine nicht titulierte Forderung des Gläubigers negative Feststellungsklage erhoben hätte und in diesem Rechtsstreit unterlegen wäre.

3. Damit ist das angefochtene Urteil, soweit es der Vollstreckungsgegenklage stattgegeben hat, aufzuheben; die Berufung der Klägerin gegen das Urteil erster Instanz ist mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Vollstreckungsgegenklage nicht wegen der Zuständigkeit der Arbeitsgerichte, sondern gemäß § 767 Abs. 3 ZPO als unzulässig abgewiesen wird.

II. Soweit das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung verurteilt hat, hat die Revision aus sachlich-rechtlichen Gründen Erfolg.

1. Nicht haltbar nach dem bisherigen Sach- und Streitstand ist die Auffassung des Berufungsgerichts, daß hinsichtlich der 50.000 DM, die B. Anfang März 1969

von seinem Gesellschafterkonto auf das Kapitalkonto der Beklagten überweisen ließ, eine wirksame Einlageleistung für die Beklagte nicht vorliege.

a) Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß eine Kommanditeinlage grundsätzlich auch in der Weise geleistet werden kann, daß die Einlagesumme vom Gesellschafterkonto des persönlich haftenden Gesellschafters abgebucht und dem Kapitalkonto des Kommanditisten gutgeschrieben wird. Dieser Buchungsvorgang bedeutet rechtlich, daß der persönlich haftende Gesellschafter sein Guthaben gegenüber der Gesellschaft dem Kommanditisten abtritt und nunmehr Guthabenforderung und Einlageverpflichtung gegeneinander aufgerechnet werden oder daß der persönlich haftende Gesellschafter im Wege des In-sich-Geschäftes einen dreiseitigen Verrechnungsvertrag abschließt, an dem er selbst, die Gesellschaft und der Kommanditist beteiligt sind. In beiden Fällen war für die Wirksamkeit des Geschäftes erforderlich, daß der persönlich haftende Gesellschafter hinsichtlich des zur Verrechnung gestellten Kapitalguthabens entnahmeberechtigt war; denn ein Einverständnis aller Gesellschafter mit der Umbuchung, die eine solche freie Verfügungsbefugnis des persönlich haftenden Gesellschafters über sein Konto entbehrlich gemacht haben würde, lag hier offensichtlich nicht vor.

b) Das Berufungsgericht meint jedoch, daß im vorliegenden Fall eine derartige Einlageleistung durch Umbuchung eines Gesellschafterguthabens wegen der besonderen Vertragsgestaltung nicht in Betracht komme.

Zwar bestimme § 5 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrags, daß die Kommanditeinlage in bar oder nach Weisung des persönlich haftenden Gesellschafters einzubezahlen sei. Diese Regelung sei aber durch den Inhalt der Beitrittsformulare ausgeschlossen worden, die alle Kommanditisten bei Abschluß des Aufnahmevertrages unterzeichnet hätten; in den Beitrittserklärungen sei lediglich eine Barzahlung auf bestimmte Bankkonten der Gesellschaft vorgesehen.

Diese Erwägungen sind jedoch rechtlich nicht haltbar. Wenn der persönlich haftende Gesellschafter B. bei der Aufnahme neuer Kommanditisten in die Gesellschaft Beitrittsformulare verwendet hat, in denen die Überweisung der Einlage auf bestimmte Bankkonten der Klägerin vorgeschrieben war, so erklärt sich dies ohne weiteres daraus, daß normalerweise für die gezeichneten Kommanditeinlagen nur eine Barzahlung in Frage kam. Daß damit zugleich die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Befugnis des persönlich haftenden Gesellschafters ausgeschlossen werden sollte, in Ausnahmefällen eine andere Art der Einlageleistung zuzulassen, ist nicht ersichtlich. Das ist um so weniger anzunehmen, als den beitrittswilligen Kommanditisten zusammen mit dem Beitrittsformular jeweils auch ein Exemplar des Gesellschaftsvertrags übersandt wurde, aus dem sich das Recht des persönlich haftenden Gesellschafters ergab, die Art und Weise der Einlageleistung nach seinem Ermessen zu bestimmen.

c) Das Berufungsgericht hält weiterhin die Verrechnung mit einer Guthabenforderung B's auch deswegen für unwirksam, weil das Kapitalkonto B's seit 1967 bis zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft stets negativ gewesen sei. Insoweit fehlt es aber - wie die Revision zutreffend rügt - an einwandfreien tatrichterlichen Feststellungen.

Die Beklagte hatte in ihren Schriftsätzen vom 22. Oktober 1970 (GA Bl. 42) und vom 20. Juli 1971 (GA Bl. 104/105, 107/108) behauptet, und durch Benennung des Wirtschaftsprüfers Dr. H. als Zeugen unter Beweis gestellt, daß das Kapitalguthaben B's bei der Klägerin in der fraglichen Zeit über 400.000 DM betragen habe; dieses schriftsätzliche Vorbringen hat sie, wie sich aus dem Berufungsurteil ergibt (BU S. 20), zum Gegenstand ihres Vortrags in der mündlichen Verhandlung gemacht. Demgegenüber stellt das Berufungsgericht in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils fest, die Beklagte habe in der Berufungsverhandlung nicht mehr bestritten, daß das Kapitalkonto B's seit 1967 negativ gewesen sei (BU S. 30). Diese Feststellung, für die sich weder in einem späteren Schriftsatz der Beklagten noch im Sitzungsprotokoll vom 26. Oktober 1971 (GA Bl. 115) eine Stütze findet, ist jedoch für das Revisionsgericht nicht bindend. Allerdings gehören zum Tatbestand eines Urteils, der gemäß § 314 ZPO für das mündliche Parteivorbringen Beweis liefert, auch die tatsächlichen Feststellungen in den Entscheidungsgründen, nicht nur die Darstellung des Sach- und Streitstands im eigentlichen "Tatbestand", der im Urteil als solcher bezeichnet ist (RGZ 80, 172, 174; 149, 312, 315; RG HRR 1930 Nr. 1764).

Im vorliegenden Fall widerspricht aber die genannte Feststellung in den Entscheidungsgründen der sonstigen Darstellung des Vorbringens der Beklagten, die das Berufungsgericht gibt. In dem mit "Tatbestand" überschriebenen Abschnitt des angefochtenen Urteils findet sich nämlich die ausdrückliche Feststellung (BU S. 17/18):

"Die Beklagte ... behauptet: ... Der persönlich haftende Gesellschafter Günter B. [REDACTED] habe seinerzeit zur Leistung der Einlage von insgesamt 250.000 DM über ein ausreichendes Kapitalguthaben verfügt, denn Lastschriften von 355.510,76 DM hätten Gutschriften von 584.380,56 DM gegenübergestanden. Die demgegenüber aufgeführten negativen Kapitalsalden aufgrund der Bilanzen seien der Beklagten unbekannt. Der Wirtschaftsprüfer Dr. H. [REDACTED] habe noch im September 1969 vor der Gesellschafterversammlung das Kapitalguthaben des Günter B. [REDACTED] per 31. Dezember 1968 mit 405.270,56 DM festgestellt (Beweis: Zeugnis Dr. H. [REDACTED])."

Sind aber damit die im Sinne des § 314 Satz 1 ZPO erheblichen Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts in sich widersprüchlich, so entfällt die dem Urteilstatbestand normalerweise zukommende Funktion, für den Vortrag der Parteien Beweis zu erbringen (BGH, Urt. v. 5.11.68 - VI ZR 179/67 - IM ZPO § 314 Nr. 2).

Die Verurteilung der Beklagten wegen der 50.000 DM beruht demnach auf unzureichenden Tatsachenfeststellungen, so daß das Berufungsurteil insoweit aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen ist. Bei der erneuten Verhandlung wird es entscheidend darauf ankommen, ob das

Gesellschafterkonto B■■■■s zur Zeit der Umbuchung der 50.000 DM das von der Beklagten schriftsätzlich behauptete Guthaben aufwies, und außerdem, ob B■■■■ in dem genannten Zeitpunkt auch zu einer Entnahme von 50.000 DM berechtigt war.

2. Hinsichtlich der von B■■■■ an die Klägerin überwiesenen und später zurücküberwiesenen 200.000 DM kommt das Berufungsgericht ebenfalls zum Ergebnis, daß die Einlageverpflichtung der Beklagten im gegenwärtigen Zeitpunkt nach wie vor bestehe. Auch insoweit kann aber nach den bisherigen Feststellungen das Urteil keinen Bestand haben.

a) Wesentlich für die Beurteilung dieser Frage ist zunächst, ob durch die Ende 1968 erfolgte Überweisung der 200.000 DM die Einlageverbindlichkeit der Beklagten erfüllt worden ist. Dies hat das Berufungsgericht bejaht. Auch ein Dritter, so meint es, könne mit haftungsbefreiender Wirkung für den Kommanditisten leisten; eine Befreiung durch Leistung der Einlage in dieser Weise wäre nur dann nicht eingetreten, wenn die Leistung aus Mitteln der Gesellschaft erfolgt wäre. Das ist zwar richtig. Das Berufungsgericht hat dabei aber nicht hinreichend berücksichtigt, daß die Klägerin außerdem vorgetragen und unter Beweis gestellt hatte, B■■■■ habe wegen der an sie überwiesenen 200.000 DM einen Kredit bei der Bank für Gemeinwirtschaft aufgenommen und er habe, was im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist, zur Absicherung des Kredits

der Bank den Zugriff auf das Geschäftskonto der Klägerin eröffnet. Wäre diese Behauptung der Klägerin richtig, hätte B. also in Höhe von 200.000 DM das Bankkonto der Klägerin verpfändet, sicherungshalber zediert, im Namen der Klägerin eine Bürgschaftserklärung abgegeben oder in sonstiger Weise Vermögenswerte der Klägerin als Sicherheit zur Verfügung gestellt, so wäre eine wirksame Erfüllung der Einlageverbindlichkeit der Beklagten zu verneinen. Der Klägerin wäre zwar durch die Überweisung ein Betrag von 200.000 DM zugeflossen. Wegen der Belastung ihres Vermögens in gleicher Höhe wäre sie aber gehindert gewesen, über einen zusätzlichen Wert von 200.000 DM, wie es dem Sinn und Zweck der Einlageforderung entsprach, frei und endgültig zu verfügen.

b) Falls hingegen die Behauptung, B. habe der Bank für Gemeinwirtschaft den Zugriff auf das Geschäftskonto der Klägerin eröffnet, nicht zutrifft und damit die ursprüngliche Zahlungspflicht der Beklagten erloschen war, so ergibt sich die weitere Frage, ob die am 4. Juli 1969 erfolgte Rücküberweisung der 200.000 DM auf das Bankkonto B. zu einer erneuten Haftung der Beklagten geführt hat.

Diese Frage hat das Berufungsgericht bejaht und unter anderem ausgeführt: In der Rückbuchung der 200.000 DM auf das Konto B. sei zugleich eine Rückzahlung der Einlage an die Beklagte zu sehen. Hierdurch sei gemäß § 172 Abs. 4 HGB, der auf das Verhältnis

zwischen Kommanditist und Kommanditgesellschaft entsprechend anwendbar sei, die Einlagepflicht der Beklagten wieder aufgelebt. Daß die Rückzahlung unmittelbar auf ein eigenes Bankkonto der Beklagten hätte erfolgen müssen, sei nicht erforderlich. B. habe nämlich, nachdem er für die Beklagte den Anteil gezeichnet und die Zahlung der 200.000 DM auf das Konto der Klägerin bewirkt hatte, durch die Rückbuchung den zunächst geleisteten Betrag wiedererlangt, und zwar als Generalbevollmächtigter seiner Ehefrau, also mit Wirkung für diese und insbesondere für deren Rechnung. Nach der Zeichnung des Anteils in ihrem Namen und der Einlagezahlung für ihre Rechnung müsse es die Beklagte als naheliegenden Schluß hinnehmen, daß mit der Rücküberweisung zumindest eine mittelbare Leistung an sie erfolgt oder jedenfalls beabsichtigt gewesen sei; die nähere Aufklärung des Innenverhältnisses der Eheleute B. habe die Beklagte auch in der Berufungsverhandlung abgelehnt.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

Unzutreffend ist die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsansicht, daß § 172 Abs. 4 HGB auf den vorliegenden Fall entsprechend anwendbar sei. § 172 Abs. 4 HGB regelt die Frage, wann im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern Leistungen der Gesellschaft an einen Kommanditisten zum Wiederaufleben der Kommanditistenhaftung (§ 171 HGB) führen. Demgegenüber geht es im vorliegenden Fall darum, ob eine Entnahme oder sonstige Schädigung des Gesellschaftsvermögens vorliegt, die im

Verhältnis zur Kommanditgesellschaft und den Mitgesell-
schaftern die Beklagte zur Rückzahlung verpflichtet.

Beiden Fragen liegen unterschiedliche Wertungsgesichtspunkte zugrunde, so daß die für den einen Fall geltenden Rechtssätze auf den anderen nicht ohne weiteres zu übertragen sind. Demgemäß ist auch der von der Rechtsprechung entwickelte Gesichtspunkt der mittelbaren Einlagenrückzahlung (BGHZ 47, 149) für den hier streitigen Rückzahlungsanspruch der Gesellschaft nicht verwertbar.

Ein Rückzahlungsanspruch der Klägerin könnte sich jedoch unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt ergeben, den das Berufungsgericht bisher nicht geprüft hat.

Die Klägerin hat behauptet und unter Beweis gestellt, daß im Zeitpunkt, als B. das Darlehen bei der Bank für Gemeinwirtschaft aufnahm, sein Beteiligungskonto bei der Gesellschaft negativ gewesen sei und er auch sonst kein nennenswertes Vermögen besessen habe; dementsprechend habe er, als er die 200.000 DM überwies, von Anfang an die Absicht gehabt, den bei der Bank für Gemeinwirtschaft aufgenommenen Kredit aus Mitteln der Klägerin zurückzubezahlen, ohne insoweit - sei es zu Lasten seines eigenen Gesellschafterkontos oder zu Lasten des Gesellschafterkontos der Beklagten - entnahmeberechtigt zu sein.

Unterstellt man dieses Vorbringen der Klägerin als richtig, so wäre zwar - falls B. nicht der Bank für Gemeinwirtschaft den Zugriff auf das Geschäftskonto der Klägerin eröffnet hatte - die Einlageverpflichtung

der Beklagten durch die Überweisung der 200.000 DM grundsätzlich erfüllt worden. B. hätte aber, insoweit als Erfüllungsgehilfe der Beklagten handelnd, im Zusammenhang mit der Einlageleistung das Vermögen der Klägerin in einer Weise gefährdet, die dem Sinn und Zweck der von der Beklagten übernommenen Einlageverpflichtung widersprochen hätte. Ein Gesellschafter, der zur Erbringung einer Geldeinlage oder einer sonstigen nicht nur vorübergehenden Leistung verpflichtet ist, hat der Gesellschaft, abgesehen vom formellen Recht, auch die tatsächliche, dauernde Verfügungsmacht über die Leistung zu verschaffen. Diese Verpflichtung, einen dauerhaften Leistungserfolg zu erbringen, bedeutet freilich nicht, daß der Einlageschuldner in jeder Hinsicht für eine volle wirtschaftliche Nutzung der Leistung einzustehen hätte. Vielmehr trägt das Risiko, daß die Einlage später verlorengelht oder zweckwidrig verwendet wird, grundsätzlich die Gesellschaft, und hierunter fällt auch die Möglichkeit, daß der geschäftsführende Gesellschafter die Einlage nachträglich unberechtigt entnimmt. Etwas anderes muß jedoch gelten, wenn, wie im vorliegenden Fall, die spätere Entnahme in einem inneren Zusammenhang mit der Aufbringung der Einlagemittel steht, nämlich der Rückführung eines Darlehens dient, das der geschäftsführende Gesellschafter zur Leistung der Einlage aufgenommen hatte. War in diesem Fall der geschäftsführende Gesellschafter, dessen sich der Einlageschuldner zur Erfüllung seiner Einlageverbindlichkeit bedient hat, von vornherein zur Rückzahlung des Darlehens aus eigenen Mitteln nicht in der Lage, so daß er, wenn er nicht seine Verpflichtung gegenüber der Bank

verletzen wollte, die Mittel aus dem Gesellschafts-
vermögen entnehmen mußte, so liegt in der Einlage-
leistung unter solchen Umständen eine Pflicht-
widrigkeit - eine vertragswidrige Gefährdung des
Erfolgs der gleichzeitig erbrachten Leistung - , die
nicht mehr unter das allgemeine Verwendungs- und Ver-
lustrisiko der Gesellschaft fällt. Für diese Vertrags-
verletzung hat der einlageverpflichtete Gesellschafter,
falls die Einlagesumme später entnommen wird und sich
damit die Gefährdung des Gesellschaftsvermögens zum
Schaden verwirklicht, nach der Vorschrift des § 278 BGB
einzustehen; gemäß § 249 BGB ist er verpflichtet, den
entnommenen Betrag der Gesellschaft zurückzuerstatten.

c) Da das Berufungsgericht den Sachverhalt unter
diesen rechtlichen Gesichtspunkten noch nicht aufge-
klärt hat, muß auch wegen der Ende 1968 überwiesenen
200.000 DM die Sache an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen werden.

3. Falls das Berufungsgericht bei der erneuten
Prüfung zum Ergebnis kommt, daß die Beklagte wegen
der 250.000 DM nach wie vor haftet, wären auch die
sonstigen Einwendungen gegen eine Zahlungspflicht der
Beklagten, die im angefochtenen Urteil erörtert sind,
von Bedeutung. Insoweit gilt folgendes:

a) Die Beklagte hat zum einen geltend gemacht,
daß sie ihren Kommanditanteil laut Urkunde vom
3. September 1969 an ihren Ehemann abgetreten habe
und daher wegen einer eventuellen Einlageforderung
nicht mehr passiv legitimiert sei:

Diesen Einwand hält das Berufungsgericht für unbegründet. Die Beklagte - so meint es - sei durch eine Anteilsabtretung von ihrer Zahlungspflicht nicht freige worden; die Veräußerung von Gesellschaftsanteilen befreie den Veräußerer von seiner Haftung nach § 171 Abs. 1 HGB gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und von seiner Einlagepflicht gegenüber der Gesellschaft nur in Höhe des von ihm Eingelegten.

Mit diesen Ausführungen verkennt aber das Berufungsgericht auch hier - ebenso wie mit der analogen Anwendung des § 172 Abs. 4 HGB in anderem Zusammenhang - , daß es vorliegend nicht um die Haftung eines Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern geht, sondern um die Frage, ob die Übertragung des Gesellschaftsanteils gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern zur Schuldbefreiung des Anteilsveräußerers führt. Letzteres ist aber, wie der Senat in der Entscheidung BGHZ 45, 221 ausgesprochen hat, grundsätzlich zu bejahen.

Der Einwand der Beklagten, daß sie wegen der Anteilsabtretung nicht mehr passiv legitimiert sei, ist jedoch schon deswegen unbegründet, weil nach dem Gesellschaftsvertrag die Abtretung als solche nicht wirksam geworden ist. Gemäß § 17 des Vertrages bedurfte die Übertragung von "Kapitalanteilen", abgesehen von der Genehmigung des persönlich haftenden Gesellschafters, auch der Zustimmung des Verwaltungsrats, der - aus drei Personen bestehend (§ 7 Abs. 1) - grundsätzlich durch

Beschluß zu entscheiden hatte (§ 7 Abs. 11). Wie jedoch zwischen den Parteien unstreitig ist, ist die Abtretung des Kommanditanteils an B. nur vom damaligen Vorsitzenden des Verwaltungsrats, Rechtsanwalt L., genehmigt worden. Daß die übrigen Verwaltungsratsmitglieder ihre zunächst fehlende Genehmigung später nachgeholt hätten, haben die Parteien nicht vorgetragen.

b) Wesentlich für eine etwaige Zahlungspflicht der Beklagten ist dagegen die weitere - vom Berufungsgericht erörterte, jedoch mangels hinreichenden Parteivortrags nicht abschließend entschiedene - Frage, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt die Beklagte aufgrund der in der notariellen Urkunde vom 30. September 1969 enthaltenen Kündigungserklärung aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Wurde nämlich die Mitgliedschaft der Beklagten infolge der auch in ihrem Namen abgegebenen Kündigungserklärung beendet, so kann diese wegen ihrer Einlageverpflichtung nur noch in Anspruch genommen werden, soweit die Klägerin während

der Dauer der Mitgliedschaft einen Verlust erlitten hat und dieser auf die Beteiligung der Beklagten anteilmäßig entfällt (§ 16 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags).

Stempel Dr. Schulze Fleck Dr. Bauer Dr. Tidow