

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 70/73

URTEIL

Verkündet am

18. November 1974

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Fritz W. [REDACTED], Bielefeld,
Am H. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

g e g e n

den Angestellten Horst E. [REDACTED], H. [REDACTED],
B. [REDACTED] Str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Juni 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Teilurteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 21. März 1973 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger und Alfons H. waren Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, die sich mit dem Bau und Vertrieb sowie der Reparatur von Holzbearbeitungsmaschinen befaßte. Im Jahre 1970 wollte der Kläger aus der Gesellschaft ausscheiden. Der Beklagte, der selbst Inhaber eines Betriebs zur Herstellung von Holzbearbeitungsmaschinen war, war an einem Eintritt in die Gesellschaft interessiert. Am 22. September 1970 schlossen die Beteiligten einen schriftlichen Vertrag, der von H. und dem Beklagten unterzeichnet wurde. Dieser lautete wie folgt:

- 5 -

"Zwischen Herrn E [REDACTED] (Kläger), Herrn H [REDACTED] und Herrn W [REDACTED] (Beklagter) wird heute folgende Vereinbarung getroffen:

Herr E [REDACTED] scheidet mit dem 18. September 1970 aus der Firma aus.

Aus dem bestandenen Gesellschaftsvertrag werden Herrn E [REDACTED] folgende Zusagen gemacht und erfüllt:

Herr E [REDACTED] erhält den Pkw-Kombi HF-[REDACTED]. Außerdem wurde vereinbart, daß eine weitere Entschädigung für die laufende Lebensversicherung in Höhe von DM 1.000 (zu ergänzen: zu zahlen ist) ... Weiter werden der Krankenkassenbeitrag für September und die Telefonrechnung zum nächsten Abrechnungsdatum vergütet. Sonstige noch anfallende Kosten, die nur einen geringen Betrag ausmachen können, werden von der neuen Gesellschaft übernommen. Sonstige Forderungen werden an Herrn Erdbrügger nicht mehr gestellt."

Zur Sicherung von Darlehnsverbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber der Kreissparkasse He [REDACTED] (Kontokorrentkonto Nr. 63.0 [REDACTED]) hatte der Kläger an einem ihm gehörenden Grundstück mehrere Grundschulden bestellt. Hinsichtlich dieser Sicherheiten vereinbarten die Beteiligten, daß sie der Kläger bis zur Befriedigung der Kreissparkasse, längstens auf die Dauer von fünf Jahren, weiterhin zur Verfügung stellen solle.

Nach seinem Ausscheiden ist der Kläger von der Kreissparkasse wegen der früheren Gesellschaftsverbindlichkeiten aus dem Kontokorrentkonto Nr. 63.0 [REDACTED] in Höhe von 45.183,27 DM in Anspruch genommen worden. Hierwegen verlangt er vom Beklagten Schuldbefreiung. Der Beklagte, so behauptet er, sei auf Grund der Vereinbarung vom 22. September 1970 Gesellschafter der bürgerlich-rechtlichen



Gesellschaft geworden. Die Beteiligten hätten damals vereinbart, daß er und H. den Kläger von allen Gesellschaftsverbindlichkeiten, insbesondere von der Darlehnsschuld gegenüber der Kreissparkasse freizustellen hätten.

Der Beklagte bestreitet, aufgrund der Vereinbarung vom 22. September 1970 in die Gesellschaft eingetreten zu sein; seinen Eintritt in die Gesellschaft habe er damals nur in Aussicht gestellt; auch eine besondere Vereinbarung, daß er den Kläger von den Gesellschaftsverbindlichkeiten freizustellen habe, sei nicht getroffen worden. Hilfsweise macht er eine Gegenforderung auf Schadensersatz in Höhe von 44.000 DM geltend, derwegen er die Aufrechnung erklärt und die Einrede des Zurückbehaltungsrechts erhoben hat.

Beide Vorinstanzen - das Oberlandesgericht durch Teilurteil - haben den Beklagten antragsgemäß verurteilt, den Kläger von Forderungen aus dem Kontokorrentkonto Nr. 63.000 freizustellen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit der Revision, die der Kläger zurückzuweisen beantragt.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision wendet sich in erster Linie dagegen, daß das Berufungsgericht dem Freistellungsantrag in vollem Umfang stattgegeben hat, obwohl der Kläger in der Berufungs-

instanz den zusätzlichen Antrag gestellt hatte, den Beklagten zur Erstattung zwischenzeitlich an die Kreissparkasse gezahlter 15.726 DM zu verurteilen; insoweit, so meint sie, hätte der Kläger die Freistellungsklage für erledigt erklären oder zurücknehmen müssen. Dieser Einwand ist schon deshalb nicht begründet, weil der Kläger einen unbezifferten Freistellungsantrag gestellt hat. Außerdem hat das Berufungsgericht diesen Antrag als Feststellungsantrag behandelt (vgl. S. 5 des Schlußurteils).

II.

Dagegen läßt sich das angefochtene Urteil in der Sache selbst - soweit es einen Freistellungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten bejaht - mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten.

1. Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei am 22. September 1970 gleichzeitig mit dem Ausscheiden des Klägers Gesellschafter einer fortan mit H■■■■ bestehenden bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft geworden, läßt sich allerdings aus Rechtsgründen nichts einwenden. Das Berufungsgericht hat dieses Ergebnis unter Berücksichtigung des Wortlauts der Vereinbarung vom 22. September 1970, der Mitwirkung des Beklagten an dieser Vereinbarung, aus der Aussage des Zeugen Henke und aus der späteren Tätigkeit des Beklagten gewonnen und dabei alle wesentlichen Umstände in seine Würdigung einbezogen. Die insoweit von der Revision

erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft. Sie greifen nicht durch. Von einer Begründung wird gemäß Art. 1 Nr. 4 BGHEntlG abgesehen.

2. Daraus, daß der Beklagte ab 22. September 1970 das Geschäft mit H. [REDACTED] gemeinschaftlich weitergeführt hat, ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres, daß er den Kläger von seiner Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten freizustellen hat, die gegenüber der Kreissparkasse noch bestehen. Das Berufungsgericht versucht einen solchen Anspruch des Klägers mit der Anwendung des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB zu begründen, wonach die "übrigen Gesellschafter" den Ausscheidenden von den "gemeinschaftlichen Schulden" zu befreien haben: Zwar spreche der Wortlaut dieser Vorschrift dafür, daß nur die vor dem Ausscheiden vorhandenen Mitgesellschafter gemeint seien. Das beruhe aber darauf, daß der Gesellschafterwechsel im Gesetz keinen Niederschlag gefunden habe. Der Freistellungsanspruch sei ein Äquivalent dafür, daß der Gesellschaftsanteil des Ausscheidenden den übrigen Gesellschaftern zuwachse. Die Interessenlage sei gleich, wenn der Gesellschaftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters nicht, wie in § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgesehen, den bisherigen und verbleibenden Gesellschaftern zuwachse, sondern im Wege des Gesellschafterwechsels auf den neu eintretenden Gesellschafter übergehen solle; dieser Gesellschafterwechsel könne, wie es hier der Fall gewesen sei, in der Weise durchgeführt werden, daß der verbleibende, der ausscheidende und der neu eintretende Gesellschafter eine gemeinsame Vereinbarung über das Ausscheiden des einen und das Eintreten des anderen trafen. Deshalb sei auch der neu eingetretene Beklagte verpflichtet, den Kläger freizustellen.

Dieser Ansicht, daß ein Befreiungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten aus dem Gesetz herzuleiten sei, ist nicht zu folgen. § 738 BGB ist eine Vorschrift, in der die Abwicklung eines bis dahin bestehenden und nunmehr beendeten gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnisses geregelt wird. Nun ist zwar ein Gesellschafterwechsel auf zweierlei Weise möglich: Der Ausscheidende kann entweder (mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter) seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft als Ganzes im Wege der Abtretung mit der Folge übertragen, daß der Erwerber unmittelbar in die Gesellschafterrechte und -pflichten des Veräußerers eintritt (BGHZ 44, 229, 231 m. w. N.). Ein Gesellschafter kann aber auch durch Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern ausscheiden, und gleichzeitig kann der andere durch Abschluß eines Aufnahmevertrages mit den übrigen Gesellschaftern in die Gesellschaft eintreten. In beiden Fällen entstehen jedoch, auch wenn die erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen aller Beteiligten in einem einheitlichen Vertrag zusammengefaßt werden, zwischen dem bisherigen und dem neuen Gesellschafter keinerlei Rechtsbeziehungen innergesellschaftsrechtlichen Inhalts, so daß eine unmittelbare oder auch nur entsprechende Anwendung des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB von vornherein ausscheidet.

Der in dieser Vorschrift geregelte Freistellungsanspruch hat auch einen anderen Grund, als ihn das Berufungsgericht angenommen hat: Er ist kein "Äquivalent" für die Ab- und Anwachsung des Gesellschaftsanteils; dafür, daß er seine Beteiligung am Gesamthandvermögen aufgibt, erhält der Ausscheidende den Abfindungsanspruch.

Bei § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB geht es dagegen um die Regelung eines Teilbereichs der Frage, wie künftig die Verbindlichkeiten abzuwickeln sind, die alle bisherigen Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern beim Ausscheiden eines Mitgesellschafters noch schulden. Diese Schulden fallen nach dem Ausscheiden im Innenverhältnis nur noch den verbleibenden Gesellschaftern zur Last. Das Abfindungsguthaben des Ausscheidenden entspricht nur seinem Anteil am Überschuß der Aktiva über die Passiva der Gesellschaft, und sein Anteil an den gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten ist damit schon zu seinen Lasten mit berücksichtigt. Weil er aber im Außenverhältnis den Gläubigern weiter haftet, gewährt ihm § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB den Befreiungsanspruch. Auch aus diesen Gründen wird deutlich, daß im vorliegenden Fall für eine auch nur entsprechende Anwendung jener Vorschrift auf das Verhältnis von altem und neuem Gesellschafter nicht möglich ist; denn sie haben bis dahin gemeinschaftliche Schulden nicht gehabt, und um die Abwicklung solcher Schulden geht es hier nicht.

3. Es kommt daher darauf an, ob durch den Vertrag vom 22. September 1970 anderweit schuldrechtliche Beziehungen zwischen den Parteien begründet worden sind, denen ausdrücklich oder im Wege der Vertragsauslegung ein Freistellungsanspruch entnommen werden kann.

Rechtsbeziehungen dieser Art liegen in der Regel zugrunde, wenn der ausscheidende Gesellschafter seinen Anteil durch rechtsgeschäftliche Verfügung auf den neuen Gesellschafter überträgt; denn im allgemeinen wird für die Anteilsübertragung ein Preis gezahlt, bei dem berücksichtigt

ist, daß im Verhältnis zum Veräußerer die Gesellschaftsverbindlichkeiten dem Erwerber zur Last fallen, und hieraus wird zumeist auch die Verpflichtung des Erwerbers abzuleiten sein, dafür zu sorgen, daß der Veräußerer nicht mehr in Anspruch genommen wird. Einen solchen Fall hat aber das Berufungsgericht wohl nicht angenommen, und es erscheint auch unabhängig davon, daß der Anteil des Klägers keinen Kaufpreis wert war, zweifelhaft, ob den Beteiligten vorgeschwebt hat, der Beklagte habe auf jene Weise ohne weiteres die Rechtsposition des Klägers in der Gesellschaft von diesem übernehmen und fortsetzen sollen. Haben aber die Beteiligten, was wohl der bisherigen, allerdings nicht im einzelnen begründeten Ansicht des Berufungsgerichts näher kommt, ein Ausscheiden des Klägers (durch Vereinbarung Kläger/H[REDACTED]) und einen gleichzeitigen Beitritt des Beklagten (durch Vertrag mit H[REDACTED]) gewollt, so spricht das nicht dafür, daß auch noch zwischen den Parteien ein unmittelbares Rechtsverhältnis gewollt war; es kann sich jedoch im Wege der Auslegung des Vertrages vom 22. September 1970 unter Berücksichtigung der besonderen Umstände und der bei Vertragschluß zutagegetretenen Interessenlage der Beteiligten ergeben, daß im Hinblick auf den Gesellschafterwechsel auch der Kläger und der Beklagte zueinander Verpflichtungen eingegangen sind, nach deren Sinn und Zweck unter anderem der Kläger einen Befreiungsanspruch erworben haben könnte.

Mit der Frage, ob das angenommen werden kann, hat sich das Berufungsgericht, das nur die gesetzliche Regel des § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB im Auge gehabt hat, bisher nicht befaßt. Die Tatsache, daß der Beklagte neben H[REDACTED]

die Vereinbarung vom 22. September 1970 unterzeichnet hat, kann verschiedene Gründe gehabt haben und gibt daher für die Feststellung, Verpflichtungen müßten auch im Verhältnis zwischen Kläger und Beklagtem gewollt gewesen sein, nicht genügend her. Der Sachverhalt bedarf daher insoweit noch weiterer tatrichterlicher Prüfung. Hierzu ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.

III.

Falls das Berufungsgericht aufgrund der erneuten Verhandlung und Entscheidung zu dem Ergebnis gelangt, daß der Freistellungsanspruch des Klägers begründet ist, wird es sich auch mit dem vom Beklagten verteidigungsweise geltend gemachten Zahlungsanspruch in Höhe von 44.000 DM erneut auseinanderzusetzen haben. Die Zurückweisung dieses Vorbringens läßt sich mit der Anwendung des § 529 Abs. 5 ZPO, auf den im **angefochtenen** Urteil verwiesen wird, nicht rechtfertigen. Gegenüber einem Freistellungsanspruch des Klägers kann allerdings wegen der Ungleichartigkeit von Haupt- und Gegenforderung nicht aufgerechnet werden; nur die Einrede des Zurückbehaltungsrechts war möglich (BGHZ 12, 136, 144; 25, 1, 6; 47, 157, 166). Die Zurückbehaltungseinrede aber hat der Beklagte hilfsweise erhoben.

Freilich wäre die Anwendung jener Vorschrift nicht zu beanstanden, wenn sie über ihren Wortlaut hinaus auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts entsprechend anwendbar wäre. Dies ist jedoch im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts zu verneinen (RGZ 8, 364; 15, 421; 72, 54; JW 1910, 713 Nr. 21; 1911, 751 Nr. 5;

DR 1939, 1885, 1886, Stein/Jonas/Grunsky ZPO 19. Aufl.
§ 529 Anm. V. Der Zweck des § 529 Abs. 5 ZPO, einer
Prozeßverschleppung durch die verspätete Geltendmachung
von Gegenforderungen entgegenzuwirken (vgl. Hahn,
Materialien zur CPO S. 356), trifft bei der Zurück-
behaltungseinrede nicht in gleicher Weise zu wie bei
der Aufrechnung. Insbesondere unterscheiden sich Auf-
rechnung und Zurückbehaltungseinrede dadurch, daß bei
der Aufrechnung - anders als beim Zurückbehaltungsrecht
(§ 273 Abs. 1 BGB) - auch Gegenforderungen geltend gemacht
werden können, die mit der Hauptforderung nicht im recht-
lichen Zusammenhang stehen. Im übrigen hat auch der Gesetz-
geber, trotz zweimaliger Neufassung des jetzigen § 529
Abs. 5 ZPO - in den ZPO-Novellen von 1898 und 1924 -
keinen Anlaß gesehen, abweichend von der ständigen Recht-
sprechung des Reichsgerichts den § 529 Abs. 5 ZPO auf die
Einrede des Zurückbehaltungsrechts zu erstrecken.

Stempel Dr. Schulze Fleck Dr. Bauer Bundschuh