

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 92/76

URTEIL

Verkündet am
20. Oktober 1977
Kaufmann,
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Johann Friedrich R [REDACTED], Am H [REDACTED]
[REDACTED] 15, P [REDACTED],
2. der J. - F. R [REDACTED] KG, P [REDACTED], vertreten durch
den Beklagten zu 1 als persönlich haftenden Gesellschafter,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Frau Emmi N [REDACTED], Am K [REDACTED] 14, K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Oktober 1977 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Schleswig vom 26. Februar 1976 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte zu 2 ist eine im Jahre 1964 errichtete Kommanditgesellschaft, der ab Anfang 1967 der Beklagte zu 1 als persönlich haftender Gesellschafter, dessen Ehefrau und die Eheleute N., die jetzige Klägerin und der frühere Kläger, der während des Berufungsverfahrens verstorben und von ihr allein beerbt worden ist, als Kommanditisten angehört hatten.

Der Beklagte zu 1 und der Ehemann der Klägerin ließen durch die Beklagte zu 2 eine Reihe von Bauvorhaben ausführen. Die dazu erforderlichen Grundstücke oder Erbbaurechte erwarben sie teils für die Beklagte zu 2, teils für sich persönlich. So waren sie unter anderem je zur ideellen Hälfte Eigentümer eines Grundstücks in Wedel und Erbbauberechtigte an zwei Grundstücken in Lübeck. Aufgrund sogenannter Betreuungsverträge hat die Beklagte zu 2 auch diese Grundstücke bebaut. Anschließend hat sie sie verwaltet.

- 3 -

Die Eheleute N. sind durch ihre im Gesellschaftsvertrag zugelassene Kündigung zum 31. März 1969 aus der Beklagten zu 2 ausgeschieden. Wie eine spätere Abrechnung ergeben hat, beträgt der Anteil des Ehemannes der Klägerin an dem von der Beklagten zu 2 erzielten Überschuß aus der Bebauung und Verwaltung des Grundstücks in Wedel und der beiden Grundstücke in Lübeck 292.043,16 DM. Die Höhe dieses Überschusses beruht insbesondere darauf, daß die für die Bauvorhaben aufgenommenen Fremdmittel von der Beklagten zu 2 nicht voll verbraucht, sondern mit allseitiger Zustimmung zunächst für andere Bauvorhaben eingesetzt worden sind. Gegenüber dem mit der Klage geltend gemachten Verlangen des Ehemanns der Klägerin, seinen Überschußanteil nunmehr auszuzahlen, haben die Beklagten in erster Linie eingewandt, entsprechend einer von ihnen behaupteten Vereinbarung seien die Überschüsse wie Gesellschaftereinlagen zu behandeln. Außerdem machen sie geltend, die W. des Landes Schleswig-Holstein fordere ein für die Bebauung der Lübecker Grundstücke gewährtes Darlehn in Höhe von 142.700 DM zurück.

Das Landgericht hat die auf Zahlung an den Ehemann der Klägerin - hilfsweise an ihn und den Beklagten zu 1 gemeinschaftlich - gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagten gemäß dem Hauptantrag der Klage verurteilt, an die nach dem Tode ihres Ehemannes in den Rechtsstreit eingetretene Klägerin 292.043,16 DM nebst Zinsen zu zahlen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.



Entscheidungsgründe:

Die Revision führt aus den unten zu 4 darzulegenden Gründen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Die Verpflichtung der zu 2 verklagten Kommanditgesellschaft und damit auch des Beklagten zu 1 als ihres persönlich haftenden Gesellschafters, den aus der Bebauung und Verwaltung der beiden Grundstücke in Lübeck und des Grundstücks in Wedel erzielten Überschuß auszuzahlen, ergibt sich aus den von dem Beklagten zu 1 und dem Ehemann der Klägerin mit der Beklagten zu 2 geschlossenen Baubetreuungsverträgen; denn nach dem auf diese Verträge anwendbaren § 667 BGB hat die Beklagte zu 2 alles herauszugeben, was sie zur Ausführung der ihr erteilten Aufträge erhalten und was sie aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Sie hatte den Überschuß vorübergehend zwar auch für die Bebauung bestimmter anderer Grundstücke verwenden dürfen, hat jedoch selbst nicht behauptet, ihn für eines dieser anderen Vorhaben noch heute zu benötigen. Wie das Berufungsgericht eingehend dargelegt hat, kann sie auch nicht mit Erfolg darauf verweisen, daß der Überschuß aufgrund einer Vereinbarung der Beteiligten als deren Einlagen gesellschaftsrechtlich gebundenes Kapital der Beklagten zu 2 geworden sei. Die Revision macht ferner zu Unrecht geltend, der Beklagte zu 1 und der Ehemann der Klägerin könnten der Beklagten zu 2 den Überschuß wenigstens darlehnsweise zur Verfügung gestellt haben. Das hatten die Beklagten in den Vorinstanzen nicht schlüssig behauptet. Die von dem Berufungsgericht angenommene "stillschweigend erklärte Bereitschaft" der Gesellschafter, "daß die Finanzierungsüberschüsse kurzfristig auch für andere Bauvorhaben als für jene eingesetzt wurden, aus denen sie herrührten", nötigte gleichfalls nicht dazu, den Abschluß eines Darlehnsvertrages anzunehmen oder auch nur zu erörtern.

2. Der Anspruch auf den Überschuß stand freilich dem Ehemann der Klägerin und dem Beklagten zu 1 zunächst nur gesamthänderisch zu. Diese hatten sich, wie dem Vorbringen der Parteien entnommen werden muß, jeweils zu dem Zweck zusammengeschlossen, bestimmte Grundstücke oder Erbbaurechte je zur ideellen Hälfte zu erwerben, unter gemeinschaftlicher Beschaffung der in jedem Einzelfall benötigten Fremdmittel die Grundstücke durch die Beklagte zu 2 bebauen und verwalten zu lassen und dadurch Gewinn zu erzielen. Hinsichtlich der einzelnen, rechnerisch getrennt voneinander behandelten Bauvorhaben bildeten sie mithin jeweils neben einer Bruchteilsgemeinschaft am Grundstück oder Erbbaurecht (§ 741 BGB) auch eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB). Berechtigt und verpflichtet aus den mit der Beklagten zu 2 abgeschlossenen Betreuungsverträgen waren sie nicht als Teilhaber der jeweiligen Gemeinschaft, sondern in dieser ihrer gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit; Ansprüche aus diesen Rechtsverhältnissen standen ihnen zur gesamten Hand zu und konnten daher gegen die Beklagte zu 2 nur gemeinschaftlich im Sinne von § 709 Abs. 1, § 714 BGB geltend gemacht werden.

Mit der Bebauung der Grundstücke und der späteren Auflösung der Gemeinschaften wurden gemäß § 726 BGB jedoch auch die Gesellschaften aufgelöst. Das änderte zwar nichts an der gesamthänderischen Zuständigkeit der beiden Gesellschafter für Rechte und Ansprüche, über die sie sich noch nicht auseinandergesetzt hatten. Nach dem Parteivorbringen und den Feststellungen des Berufungsgerichts kommt jedoch eine Auseinandersetzung über das Vermögen der Gesellschaften nur noch in der Weise in Betracht, daß die Beklagte zu 2 den aus der Bebauung und Verwaltung der drei Grundstücke erzielten Reinertrag anteilig an die Klägerin als Rechtsnachfolgerin ihres Ehemannes - und, soweit nötig und

möglich, an den Beklagten zu 1 - auszahlt, wobei auf die Klägerin unstreitig 292.043,16 DM entfallen. Einer solchen Auszahlung an die Klägerin zuzustimmen, ist der Beklagte zu 1 verpflichtet. Er kann seine Zustimmung insbesondere nicht mit dem Hinweis verweigern, daß der von der Klägerin anteilig verlangte Überschuß auch die nicht verbrauchten Fremdmittel enthält. Es mag zwar sein, daß der Beklagte zu 1 je nach den bei der jeweiligen Darlehensaufnahme getroffenen, notfalls nach § 157 BGB ergänzend auszulegenden Vereinbarungen an sich berechtigt ist, eine Auszahlung dieser Mittel an die Klägerin zu verweigern oder zur Absicherung der späteren Rückzahlung ihre Rückstellung auf einem gemeinschaftlichen Konto zu verlangen. Das könnte, wie der Revision einzuräumen ist, insbesondere für die 142.700 DM gelten, die die W [REDACTED] des Landes Schleswig-Holstein bereits zurückfordert. Treu und Glauben würden es dem Beklagten dann aber verbieten, seine Zustimmung zur Auszahlung an die Klägerin zu verweigern, solange er nicht selbst bereit ist, seinen eigenen Überschußanteil gleichfalls in eine gemeinschaftliche Kasse einzulegen (vgl. für den ähnlich liegenden Fall der Teilhaber einer zweigliedrigen Gemeinschaft RG Warn. 1927 Nr. 114). Das zu tun, hat er bisher nicht angeboten. Durch seinen uneingeschränkten Klagabweisungsantrag hat er vielmehr zum Ausdruck gebracht, nicht einmal bereit zu sein, entsprechend dem Hilfsantrag der Klägerin wenigstens den auf diese entfallenden Hälfteanteil an der von der W [REDACTED] zurückverlangten Darlehenssumme von 142.700 DM durch die Beklagte zu 2 in eine gemeinschaftliche Kasse einzahlen zu lassen. Solange aber der Beklagte zu 1 über seinen eigenen Anteil an den nicht verbrauchten Fremdmitteln für persönliche oder für Zwecke der Beklagten zu 2 verfügt, kann er die Klägerin nicht hindern, über den auf sie entfallenden Anteil gleichfalls persönlich zu verfügen und demgemäß seine Auszahlung an sie selbst zu verlangen.

3. Auf die Zustimmung des Beklagten zu 1 hätte im Regelfall allerdings gesondert geklagt werden müssen. Dessen bedarf es hier aber nicht, weil er als persönlich haftender Gesellschafter der Beklagten zu 2 selbst unmittelbar auf Zahlung verklagt ist und - auch was seine Zustimmungspflicht angeht - alle etwaigen Einwendungen in diesem Prozeß geltend machen kann. Der Umweg über die Zustimmungsklage wäre daher leere Förmerei.

Da der Beklagte zu 1 gleichzeitig die Beklagte zu 2 vertritt, muß diese aus denselben Gründen die Zustimmungspflicht des Beklagten zu 1 auch gegen sich gelten lassen, ohne ein berechtigtes Interesse daran zu haben, nur an die Klägerin und den Beklagten zu 1 gemeinschaftlich zu leisten.

4. Daraus, daß der Überschußanteil der Klägerin "gesellschaftsrechtlich (in der Beklagten zu 2) nicht gebunden" ist (siehe dazu oben zu 1 a. E.), hat das Berufungsgericht gefolgert, ihr Anspruch auf Zahlung dieses Anteils sei kein unselbständiger Rechnungsposten der nach ihrem und ihres Ehemannes Ausscheiden aus der Beklagten zu 2 noch aufzustellenden Auseinandersetzungsrechnung geworden, sondern könne unabhängig davon schon jetzt geltend gemacht werden. Dagegen bestehen Bedenken.

a) Der Anspruch auf den Überschuß beruht zwar nicht auf dem Kommanditgesellschaftsverhältnis, sondern auf einem davon unabhängigen Rechtsverhältnis. Mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters werden jedoch auch solche sog. Drittgläubigeransprüche unselbständige Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung; denn nur so läßt sich abschließend ermitteln, ob im Ergebnis die Gesellschaft noch eine Abfindung nach § 738 BGB oder der Ausgeschiedene einen Verlustausgleich nach § 739 BGB schuldet, und nur auf diese Weise kann - was die Grundsätze von Treu und Glauben gebieten - vermieden werden, daß der Ausgeschiedene zunächst

etwas erhält, was er aufgrund der Abschichtungsbilanz wieder zurückzahlen muß. Daß deshalb auch "Drittgläubigeransprüche" in diese aufzunehmen sind, hat der Senat für die Auseinandersetzung einer aufgelösten Gesellschaft bereits in seinem Urteil vom 24. Mai 1971 - II ZR 184/68 = WM 1971, 931 unter II 2 ausgesprochen. Für den Fall des Ausscheidens aus einer verbend fortgesetzten Gesellschaft kann nichts anderes gelten, wenngleich sich hier die endgültige Ermittlung des Ausgleichspflichtigen und des Schuldsaldos bei Kooperationsbereitschaft aller Beteiligten vielfach schneller wird ermitteln lassen, als bei der Auseinandersetzung einer aufgelösten Gesellschaft nach §§ 730 ff BGB oder 145 ff HGB.

b) Die Auseinandersetzungsrechnung ist noch nicht erstellt. Bis jetzt läßt sich auch nicht sagen, daß einer der Ausnahmefälle vorliegt (vgl. dazu das SenUrt. v. 3. 5. 76 - II ZR 92/75 = WM 1976, 789 unter II 2 m. w. N.), in denen der ausgeschiedene Gesellschafter mit der Geltendmachung eines bestimmten Anspruchs oder mit der Forderung eines Teilbetrages seines vermeintlichen Auseinandersetzungsguthabens nicht bis zur Endabrechnung zu warten braucht.

Allerdings waren die Klägerin und ihr Ehemann nur Kommanditisten. Als solche wären sie im Regelfall an einem Verlust der Gesellschaft nur bis zur Höhe der von ihnen zugesagten Pflichteinlagen beteiligt gewesen (vgl. § 167 Abs. 3 HGB). Bisher läßt sich aber nicht ausschließen, daß der Ehemann der Klägerin außer am Gewinn auch am Verlust der Gesellschaft uneingeschränkt zu 1/3 teilzunehmen hatte. Gemäß § 9 des im Jahre 1964 errichteten Gesellschaftsvertrages war der nach Abrechnung aller anfallenden Kosten einschließlich des Geschäftsführergehalts verbleibende Gewinn auf die damals vorhanden gewesenen drei Gesellschafter gleichmäßig zu verteilen. Hätte das nicht

auch für den Verlust zu gelten, so hätte der Beklagte zu 1 ein sehr viel größeres Risiko übernommen als der Ehemann der Klägerin, wofür ein Grund - sieht man von der Geschäftsführungsbefugnis des Beklagten zu 1 ab - bisher nicht ersichtlich ist. - Überdies ergibt das Berufungsurteil nicht mit Sicherheit, wie hoch die Pflichteinlagen der Klägerin und ihres Ehemannes waren und ob sie sie bis zu ihrem Ausscheiden geleistet hatten. § 5 des Gesellschaftsvertrages, wonach "die Einlage eines jeden Gesellschafters je 25.000 DM" betrug, bezog sich möglicherweise nur auf das Kapital, das jeder zur Verfügung stellen sollte, und auf die Hafteinlagen. Außerdem galt § 5 nicht ohne weiteres auch für die Klägerin, da diese erst im Jahre 1967 aufgrund einer - wohl nur mündlichen - Zusatzvereinbarung eingetreten ist.

Des weiteren fragt es sich, ob die Beklagte zu 2 aufgrund von Betreuungsverträgen für den Ehemann der Klägerin und den Beklagten zu 1 noch andere Bauvorhaben durchgeführt hat und ob bejahendenfalls insoweit gleichfalls Überschüsse oder aber Verluste entstanden sind; denn derartige Verluste wären, wenn die Beklagte zu 2 dafür noch keinen Ausgleich erhalten hätte, möglicherweise gegen den hier streitigen Anspruch selbst dann zu verrechnen, wenn die Klägerin am Verlust der Beklagten zu 2 als solchem nur bis zu einer vereinbarten Obergrenze teilzunehmen hätte. Denn vorbehaltlich einer näheren Aufklärung des Sachverhalts liegt es jedenfalls nicht fern, daß die Beteiligten in diesem Sinne ihre gesamten Geschäfte einheitlich abrechnen wollten.

Zwar kann nur der Beklagte zu 1 als geschäftsführender Gesellschafter die Auseinandersetzungsbilanz aufstellen. Auch läßt sich nicht ausschließen, daß er das bisher - zwischen dem Ausscheiden der Eheleute N. und dem

Erlaß des Berufungsurteils liegen fast sieben Jahre - schuldhaft unterlassen hat; denn das eigentliche Rechenwerk hätte unabhängig von der Klärung der Frage zusammengestellt und der Klägerin vorgelegt werden können, ob der Überschuß als haftendes Kapital anzusehen ist. Daß der Beklagte zu 1 beabsichtigt habe, die Auseinandersetzung mit der Klägerin hinauszuzögern, um ihr auf diese Weise ihren Überschußanteil und ein weitergehendes Abfindungsguthaben möglichst lange vorenthalten zu können, hat sie in den Vorinstanzen jedoch nicht geltend gemacht, und die Akten bieten auch sonst keinen Anhalt dafür. Schon deshalb kann jedenfalls gegenwärtig nicht im Anschluß an das Senatsurteil vom 4. Juli 1968 - II ZR 47/68 = LM HGB § 145 Nr. 5 gesagt werden, die Beklagten müßten wegen ihres eigenen Verhaltens nach Treu und Glauben in Kauf nehmen, zunächst vielleicht mehr zu zahlen, als der Klägerin im Ergebnis zustehe.

c) Danach muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses prüfen kann, ob der Klägerin schon jetzt mit Sicherheit mindestens 292.043,16 DM zustehen, und damit es verneinendenfalls auch über den Hilfsantrag der Klägerin entscheiden kann, die Beklagten zu verurteilen, die Auseinandersetzungsbilanz zu erstellen.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Bundschuh

Dr. Skibbe