

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 95/72

URTEIL

Verkündet am

1. April 1974
Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Fred S [REDACTED], K [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Antonie G [REDACTED], K [REDACTED],
H [REDACTED]-V [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. April 1974 durch die Richter Fleck, Liesecke, Dr. Schulze, Dr. Kellermann und Bundschuh

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 18. Mai 1972 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

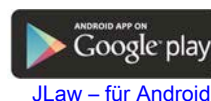
Durch notariellen Kaufvertrag vom 23. August 1965 erwarben die Parteien als Miteigentümer zu je 1/2 das Hausgrundstück Z [REDACTED] straße [REDACTED] in K [REDACTED], um es gemeinsam durch Zimmervermietung an Prostituierte zu nutzen. Demgemäß ließen sie das Gebäude zu einem Appartement-Haus umbauen und die Zimmer möblieren. Ab 1. August 1966 vermieteten sie die Zimmer an Prostituierte. In der Hofeinfahrt und an der Hauswand brachten sie eine Reihe von Getränke- und Warenautomaten an, deren Erlös sie ebenfalls vereinnahmten.

In Generalvollmacht der Klägerin mietete der Beklagte am 18. April 1966 von der Telefonbau und Normalzeit L [REDACTED] & Co. (TN) für dieses Anwesen eine Fernsprechnebenstellenanlage (für Handvermittlung). Nachdem

- 5 -

die Staatsanwaltschaft gegen eine Anlage mit Handvermittlung Bedenken erhoben hatte, wurde von der Klägerin am 12. Oktober 1966 ein Mietvertrag über eine Anlage für 50 Nebenstellen mit automatischer Durchwahlmöglichkeit unterschrieben. Der Vertrag hatte eine Mindestlaufzeit bis zum 31. Dezember 1977 und räumte der TN bei vorzeitiger Aufgabe einen "sofort fälligen Schadensersatzanspruch in Höhe der Hälfte der restlichen Mieten bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer (Restmieten)" ein. Die Anlage wurde in die Bilanz der "Hausverwaltung G [REDACTED]/S [REDACTED]" per 31. Dezember 1967 als Aktivposten in Höhe von 10.658,67 DM eingesetzt; die Miete von monatlich 1.355,70 DM wurde bis zum 30. Juni 1969 aus den Erträgen des Hauses bezahlt und in den Gewinn- und Verlustrechnungen der Hausverwaltung als Aufwand berücksichtigt.

Durch die - kurze Zeit später wieder angefochtene - Vereinbarung vom 25. April 1967 verkaufte die Klägerin die Hälfte ihres Miteigentumsanteils dem Beklagten. Während des - später durch Vergleich erledigten - Rechtsstreits über die Auflassung dieses Anteils beantragte die Klägerin die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Miteigentumsgemeinschaft. Im Versteigerungstermin vom 30. Juni 1969 gab der Beklagte das Höchstgebot mit 851.000 DM ab. Er erhielt den Zuschlag und nutzt seitdem das Grundstück für sich allein. Bis zum 13. Januar 1970 benutzte er hierbei auch die Telefonanlage der TN. Nachdem die Verhandlungen wegen der endgültigen Übernahme gescheitert waren, baute die TN die Anlage aus, und der Beklagte ließ eine anderweitig erworbene Anlage einbauen.



Seit dem 1. Juli 1969 ist für die Fernsprechanlage keine Miete mehr an die TN gezahlt worden. Diese verlangt deshalb von der Klägerin Zahlung der Miete für das dritte und vierte Vierteljahr 1969 (insgesamt 7.842,68 DM) und für die restliche Zeit der vereinbarten Mindestvertragsdauer Schadensersatz in Höhe von 56.523,84 DM.

Die Klägerin ist der Auffassung, die Parteien hätten beim Erwerb des Grundstücks Z [REDACTED] straße [REDACTED] eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur gemeinsamen Nutzung dieses Grundstücks gegründet. Der Vertrag mit der TN sei allein für die Gesellschaft eingegangen worden. Der Beklagte sei nach Auftrags- und Gesellschaftsrecht verpflichtet, sie von ihren Verbindlichkeiten gegenüber der TN freizustellen.

Das Landgericht hat ihren Antrag, den Beklagten zu verurteilen, sie von ihren Verbindlichkeiten gegenüber der TN in Höhe von 64.366,32 DM nebst etwaigen Zinsen zu befreien, abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten - unter Zurückweisung des weitergehenden Antrags - verurteilt, die Klägerin von diesen Verbindlichkeiten in Höhe von 47.409,37 DM sowie von den Zinsverpflichtungen aus 45.056,57 DM für die Zeit bis 27. Oktober 1970 und von den Zinsverpflichtungen aus 47.409,37 DM für die Zeit ab 28. Oktober 1970 (dem Tag der Klageerhebung) zu befreien.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält den Freistellungsantrag in Höhe von 39.566,69 DM nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen - hilfsweise aus Auftragsrecht - und in Höhe von 7.842,68 DM aus ungerechtfertigter Bereicherung für begründet. Zwischen den Parteien habe zum Zwecke des Betriebes des Appartement-Hauses Z[REDACTED]straße [REDACTED] eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden. Die Klägerin habe den Vertrag mit der TN speziell für dieses Anwesen und im Auftrag der Gesellschaft zur Auswertung durch die Gesellschaft geschlossen und mit allen Rechten und Pflichten der Gesellschaft überlassen. Demgemäß sei die Gesellschaft der Klägerin gegenüber verpflichtet gewesen, die Verbindlichkeiten aus diesem Vertrag zu erfüllen. Der Umstand, daß die Gesellschaft am 30. Juni 1969 aufgelöst worden sei, habe daran nichts geändert.

Die Klägerin könne ihren Befreiungsanspruch auch unmittelbar gegen den Beklagten geltend machen. Er könne sie insoweit nicht auf das Liquidationsverfahren verweisen, weil nach dem Vortrag der Parteien nicht angenommen werden könne, daß noch genügend unverteiltetes Gesellschaftsvermögen vorhanden sei, aus dem die Ansprüche der TN befriedigt werden könnten. Der Beklagte habe die Klägerin von ihren Schadensersatzverpflichtungen in Höhe von 39.566,69 DM (d. h. in Höhe seiner Verlustbeteiligungsquote = 70 % aus 56.523,84 DM) freizustellen. Soweit die TN Miete für die Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 1969 fordere (7.842,68 DM), habe der Beklagte - weil er die Anlage in dieser Zeit genutzt habe - die Klägerin nach §§ 812, 818 Abs. 2 BGB im vollen Umfange von ihren Verpflichtungen zu befreien.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

I. 1. Aus Rechtsgründen läßt sich nichts dagegen einwenden, daß das Berufungsgericht aus dem gemeinsamen Zusammenwirken der Parteien beim Umbau und der Nutzung des Hausanwesens Z[REDACTED]straße [REDACTED] geschlossen hat, zwischen ihnen habe eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestanden. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

2. Entgegen ihrer Auffassung kann auch die Rechtswirksamkeit des Gesellschaftsvertrages nicht mit der Begründung in Zweifel gezogen werden, er sei wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Der erkennende Senat hat wiederholt hervorgehoben, daß einem Gesellschaftsvertrag in aller Regel nur dann gemäß § 138 BGB die Rechtswirksamkeit schlechthin zu versagen ist, wenn er seinem Inhalte nach auf die Verwirklichung eines sittenwidrigen Tatbestandes gerichtet, mithin der vertragsgemäß verfolgte Gesellschaftszweck sittenwidrig ist (vgl. Urt. v. 9. 2. 70 - II ZR 76/68, LM BGB § 138 [Cd] Nr. 18 m. w. N.). Dies ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier nicht der Fall. Danach war die Gesellschaft der Parteien nicht auf den Betrieb eines Bordells, sondern darauf gerichtet, das Anwesen durch Zimmervermietung an Prostituierte und durch die Aufstellung und den Betrieb von Automaten zu nutzen. Die Mieterinnen des Hauses waren demgemäß auch von den Parteien unabhängig und gingen ihrem Gewerbe selbständig nach; sie wurden zur Unzucht weder angeworben noch

angehalten. Damit fehlt die Grundlage für die Auffassung der Revision, die Gesellschaft habe der Organisation der gewerbsmäßigen Unzucht gedient, und für die Schlüsse, die sie daraus zieht. Da die gesellschaftsrechtliche Zusammenarbeit der Parteien nur auf die Zimmervermietung - und auf den Betrieb von Automaten - gerichtet war, kommen die Grundsätze zur Anwendung, die der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 17. April 1970 (I ZR 124/68, LM BGB § 138 [Ce] Nr. 6 = NJW 1970, 1179) aufgestellt hat. Entgegen der Auffassung der Revision ist danach für die hier in Betracht kommende Zeit vor Inkrafttreten des 4. StrRG vom 23. November 1973 davon auszugehen, daß nicht nur Mietverträge mit Dirnen als rechtswirksam anzusehen sind, soweit das Gewähren von Wohnung nach § 180 Abs. 3 a. F. StGB straffrei ist, sondern auch Abreden über die Verwaltung eines in dieser Weise genutzten Grundstücks und über die Verteilung der erzielten Einkünfte. Hierunter fallen, wie sich aus dieser Entscheidung weiter ergibt (vgl. den vollständigen Abdr. in WM 1970, 824, insbes. zu II 2), auch Gesellschaftsverträge der hier vorliegenden Art. Es würde dem Zwecke des § 180 Abs. 3 a. F. StGB zuwiderlaufen, wollte man Vereinbarungen über die gemeinsame Nutzung eines Hausgrundstücks durch Zimmervermietung an Prostituierte nach § 138 Abs. 1 BGB auch dann als nichtig ansehen, wenn damit ein Ausbeuten der Prostituierten, der die Wohnung gewährt wird, oder ein Anwerben oder Anhalten zur Unzucht nicht verbunden ist.

Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit bei einem Gesellschaftsvertrag, der auf die gemeinsame Zimmer- und Appartementsvermietung an Prostituierte

gerichtet ist, der Verpflichtung des einzelnen Gesellschafters zur Förderung des Gesellschaftszwecks unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB engere Grenzen gesetzt sind, als bei dem Betrieb eines sonstigen Gewerbes. Bindungen, die in dieser Hinsicht bedenklich erscheinen könnten, sind nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

II. Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision auch stand, soweit das Berufungsgericht einen Befreiungsanspruch der Klägerin gegenüber der Gesellschaft bejaht hat.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren sich die Parteien bei Abschluß des Mietvertrages mit der TN darüber einig, daß die Klägerin diesen Vertrag zwar im eigenen Namen schließen, die Gesellschaft aber die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag im Verhältnis zur Klägerin übernehmen sollte. Dementsprechend hat die Klägerin den Vertrag auch speziell für das Anwesen Z[REDACTED]straße [REDACTED], auf dessen Nutzung der Gesellschaftsvertrag gerichtet war, geschlossen und die Gesellschaft die Anlage nicht nur genutzt, sondern sie auch in der Bilanz des Jahres 1967 aktiviert, die Miete bis zur Auflösung der Gesellschaft gezahlt und sie als Aufwendungen der Gesellschaft verbucht.

Hieraus schließt das Berufungsgericht, die Gesellschaft sei gegenüber der Klägerin verpflichtet, deren Verbindlichkeiten aus dem Vertrag auch für die Zeit nach Auflösung der Gesellschaft zu erfüllen und demgemäß die Klägerin von ihren im Interesse und für Rechnung der Gesellschaft übernommenen Verpflichtungen zu befreien.

2. Zu Unrecht meint die Revision, aus den tatrichterlichen Feststellungen ergebe sich diese Rechtsfolge nicht; daraus folge vielmehr, daß die Gesellschaft nur für die Dauer ihres Bestehens die Verbindlichkeiten aus dem Mietvertrag zu tragen habe und nach Auflösung der Gesellschaft gemäß § 732 BGB verpflichtet sei, der Klägerin den Vertrag mit der TN wieder zur selbständigen Ausübung ihrer Rechte und Pflichten zu überlassen. Das Berufungsgericht spricht zwar davon, die Klägerin habe den Mietvertrag in die Gesellschaft "eingebracht". Aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe - insbesondere aus den unter II 1. wiedergegebenen Darlegungen - ergibt sich aber, daß es damit nur sagen will, die Gesellschaft sei im Verhältnis zur Klägerin in alle Rechte und Pflichten aus dem Vertrag eingetreten, also auch in die Verpflichtung, die Mindestlaufzeit (bis zum 31. Dezember 1977) einzuhalten oder "die Hälfte der restlichen Mieten als Abfindung" zu zahlen. So verstanden lassen die Ausführungen des Berufungsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen.

Auf die Rügen der Revision, die sich gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts wenden, ein Befreiungsanspruch gegen die Gesellschaft folge auch aus den §§ 713, 670, 257 BGB, braucht nicht näher eingegangen zu werden, weil sich dieser Anspruch - wie dargelegt - schon aus den Feststellungen des Berufungsgerichts über die gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen der Parteien ergibt.

3. Unbegründet ist auch der in der mündlichen Verhandlung erhobene Einwand der Revision, dem Anspruch der Klägerin auf Freistellung von ihrer gegenüber der TN

bestehenden Schadensersatzverpflichtung fehle die Rechtsgrundlage deshalb, weil die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der TN unwirksam seien, soweit sie bei vorzeitiger Vertragsbeendigung durch den Mieter "einen sofort fälligen Schadensersatzanspruch in Höhe der Hälfte der restlichen Mieten bis zum Ablauf der Mindestvertragsdauer" einräumen. Der Inhalt des Vertragswerks selbst gibt keinen Anlaß, diese Klausel unter dem Gesichtspunkt der §§ 138, 242 BGB zu beanstanden. Da die vermietete Fernsprechanlage durch den vertragsgemäßen Einbau und die Benutzung seitens des Mieters in erheblichem Maße entwertet wird, kann es nicht ohne weiteres als Verstoß gegen Treu und Glauben oder gar als sittenwidrig bezeichnet werden, wenn sich der Vermieter in dieser Weise durch Allgemeine Geschäftsbedingungen vor den Folgen einer vorzeitigen Vertragsbeendigung schützt. Der Beklagte hätte deshalb diejenigen Tatsachen darlegen müssen, aus denen sich ergeben soll, daß die Ausgestaltung der Schadensersatzverpflichtung im einzelnen unangemessen ist und eine mißbräuchliche Verfolgung einseitiger Interessen auf Kosten des Geschäftspartners darstellt. Das ist in den Tatsacheninstanzen nicht geschehen und kann im Revisionsverfahren nicht nachgeholt werden.

III. Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis ferner darin zuzustimmen, daß die Klägerin wegen ihres zunächst gegen die Gesellschaft gerichteten Befreiungsanspruchs unter den gegebenen Umständen auch den Beklagten als ihren Mitgesellschafter unmittelbar in Anspruch nehmen kann.

1. Soweit das Berufungsgericht den Beklagten verurteilt hat, die Klägerin in Höhe seiner Verlustbeteiligungsquote von 70 % von den nach dem 31. Dezember 1969 entstandenen Verbindlichkeiten in Höhe von 56.523,84 DM (und von den Zinsverbindlichkeiten für die Zeit bis zur Klageerhebung) zu befreien, entspricht seine Entscheidung den - allerdings für die werbende Gesellschaft entwickelten - Grundsätzen der Rechtsprechung, wonach die Mitgesellschafter dem Gesellschafter, der eine Gesellschaftsverbindlichkeit gezahlt hat, in Höhe ihrer Verlustbeteiligung erstattungspflichtig sind, sofern dieser keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen kann (BGHZ 37, 299, 302/303). Daß der im vorliegenden Fall in Betracht kommende Befreiungsanspruch diesem Erstattungsanspruch gleichzuachten ist, bedarf keiner weiteren Begründung.

Diesem Anspruch steht auch nicht entgegen, daß die Gesellschaft aufgelöst und in das Auseinandersetzungsstadium eingetreten ist.

a) In diesem Stadium sind Einzelansprüche eines Gesellschafters aus dem Gesellschaftsverhältnis regelmäßig nur als bloße Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung anzusehen, die selbständig nicht mehr geltend gemacht werden können. Nach Auflösung der Gesellschaft kann ein Gesellschafter von einem anderen Gesellschafter im Vorgriff grundsätzlich nichts verlangen, solange nicht durch eine abgeschlossene Auseinandersetzungsrechnung feststeht, daß ihm im Endergebnis überhaupt etwas zukommt und er seinerseits nichts auszugleichen haben wird (vgl. u. a. BGHZ 37, 299, 305).

Von diesem Grundsatz sind jedoch Ausnahmen zu machen. Das gilt - wie der Senat in BGHZ 37, 299, 305 a. E. ausgesprochen hat - unter anderem dann, wenn ein Gesellschafter einen Erstattungsanspruch gegen einen Mitgesellschafter geltend macht, weil aus dem Gesellschaftsvermögen nichts zu erlangen ist. In einem solchen Falle kann der erstattungsberechtigte Gesellschafter diesen Anspruch schon vor Abschluß der Auseinandersetzung durchsetzen, sofern im Zeitpunkt seiner Geltendmachung feststeht, daß er mindestens in Höhe dieses Anspruchs von seinem Mitgesellschafter Ausgleich verlangen kann. Der hier in Frage stehende Befreiungsanspruch ist nicht anders zu beurteilen.

Die Parteien haben bisher zwar lediglich die Auseinandersetzungsquote aus der Zwangsversteigerung des Grundstücks Z[REDACTED]straße [REDACTED] ermittelt und verteilt (GA 79, Anlagenmappe Bl. 53/54). Daraus folgt nicht ohne weiteres, daß die Auseinandersetzung bis auf die hier streitigen Ansprüche abgeschlossen ist. Dies muß jedoch deshalb angenommen werden, weil nach dem Vorbringen der Parteien weder unverteiltetes Gesellschaftsvermögen, auf das der Beklagte die Klägerin verweisen könnte, vorhanden ist, noch Ansprüche gegen die Klägerin bestehen, die zu dem Ergebnis führen könnten, die Klägerin habe dem Beklagten etwas auszugleichen.

Nach dem allgemeinen Grundsatz, daß derjenige, der einen Anspruch erhebt, dessen Voraussetzungen zu beweisen hat, wäre es zwar Sache der Klägerin, eine Abrechnung vorzulegen. Im vorliegenden Falle liegt es jedoch deshalb anders, weil die Klägerin seit dem 24. April 1967 von der

Geschäftsführung in der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft ausgeschlossen war. Der Beklagte hatte bis Ende der Gesellschaft "die alleinige und ausschließliche Verwaltung des Anwesens und der Mieten" und die Sorge "für das Inkasso der Mieten aus den Automaten" in Händen und ist deshalb allein in der Lage, die Endabrechnung zu erstellen. Er hat aber weder eine solche Abrechnung vorgelegt noch etwas dafür vorgetragen, daß die Klägerin etwas nachzuschießen habe, weil etwa ihr Kapitalanteil negativ gewesen sei oder andere Forderungen bestünden. Es bleibt deshalb auch kein Raum für die Annahme, die Klägerin verlange von dem Beklagten, wenn sie von ihm persönlich Befreiung von einer Schuld fordert, wider Treu und Glauben etwas, was sie im Ergebnis selbst zu tragen habe.

2. Soweit sich der Befreiungsanspruch auf den von der TN für die Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 1969 geforderten Mietzins bezieht, ist er in Höhe von 70 % aus den vorstehend angeführten Gesichtspunkten und im übrigen aus ungerechtfertigter Bereicherung begründet.

Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler ausgeführt, daß der Beklagte durch die Benutzung der Fernsprechanlage ohne rechtlichen Grund einen Vermögenswert in Höhe des Mietbetrages erlangt hat, den die TN für den Benutzungszeitraum in Rechnung gestellt hat, und er deshalb zum Wertersatz verpflichtet ist; nach der besonderen Lage des Falles bedeutet dies im Ergebnis, daß er die Klägerin insoweit in voller Höhe von ihrer Verbindlichkeit gegenüber der TN zu befreien hat. Da

nämlich einerseits der Beklagte den Wert des auf Kosten der Gesellschaft gezogenen Vermögensvorteils voll ersetzen muß, andererseits die Klägerin für denselben Zeitraum ebenfalls in voller Höhe Befreiung von ihrer Mietschuld aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen kann, sonstige Aktiv- oder Passivposten aber, wie dargelegt, für die Auseinandersetzung nicht mehr in Betracht zu ziehen sind, läßt sich nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts der allein noch offene Ausgleich zwischen den Parteien sinnvoll nur in der Weise durchführen, daß der Beklagte in Höhe seiner Ersatzpflicht die Klägerin unmittelbar von ihrer Mietzinsverpflichtung freistellt (vgl. BGHZ 10, 91, 103).

Fleck

Richter am BGH
Liesecke kann
urlaubshalber
nicht unter-
schreiben.

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann

Bundschuh