

- 1 - 013 /

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 142/63

URTEIL

Verkündet am

24. November 1965
Klett,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma U[REDACTED]-Lichtspiele B[REDACTED] und Sc[REDACTED] Kommandit-
gesellschaft i.L. in P[REDACTED], vertreten durch den Liqui-
dator Rechtsanwalt E. Schö[REDACTED] in P[REDACTED], L[REDACTED]str. 2,

Klägerin, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Eugen B[REDACTED] in P[REDACTED], H[REDACTED]weg 1,

Beklagten, Revisionsbeklagten und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner für Recht erkannt:

I. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 23. November 1962 wird zurückgewiesen.

II. Auf die Revision der Klägerin wird das zu I bezeichnete Urteil aufgehoben, soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist. Die Sache wird in diesem Umfange zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

III. Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte 2/5 zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen Kosten dieses Verfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte schloß am 22. April 1951 mit der Firma Robert K. in Ko. einen Vertrag, in dem er sich verpflichtete, auf seinem Grundbesitz in Pforzheim, Westliche Karl-Friedrichstraße 29, ein Lichtspieltheater zu errichten und es ihr bei Fertigstellung zu überlassen. Das am 21. Dezember 1951 bezugsfertig gewordene Theater wurde jedoch vom Beklagten an diesem Tage selbst in Betrieb genommen. Am selben Tage erklärte er sei-

- 3 -

nen Rücktritt vom Vertrage, weil die Firma K [REDACTED] die ihr obliegenden Leistungen nicht vollständig und nicht rechtzeitig erbracht habe.

Laut Gesellschaftsvertrag vom 14. Januar 1952 wurde die Firma U [REDACTED] Lichtspiele B [REDACTED], Sch [REDACTED], Kommanditgesellschaft, P [REDACTED], gegründet. Persönlich haftende Gesellschafter waren der Beklagte und der Kaufmann Franz Sch [REDACTED]. Als Kommanditist beteiligte sich der Fabrikant St [REDACTED] mit einer Einlage von 50 000 DM, die später auf 25 000 DM herabgesetzt wurde. Die Gesellschaft wurde am 22. März 1952 ins Handelsregister eingetragen. Ebenfalls am 14. Januar schloß der Beklagte mit der Gesellschaft, für die der Gesellschafter Sch [REDACTED] unterzeichnete, einen als Pachtvertrag bezeichneten Vertrag über das von ihm errichtete Lichtspieltheater. In § 1 heißt es, sämtliche Räume für den Betrieb eines Kinos einschließlich der elektrischen Lichtanlage und der Heizungseinrichtung, jedoch ohne Beleuchtung, Apparatur, Beleuchtungskörper und die sonstigen beweglichen Einrichtungsgegenstände würden der Pächterin gegen eine Pacht von 10 % der Einnahmen (abzüglich Vergnügungssteuer) überlassen. Der Vertragsbeginn wurde (§ 2) auf den 1. April 1952, das Vertragsende auf 30. April 1962 festgelegt. Unter den Parteien ist jedoch unstreitig, daß Gewinn und Verlust schon für die Zeit seit dem 21. Dezember 1951 zugunsten oder zu Lasten der neu gegründeten Gesellschaft gehen sollten.

§ 10 des Pachtvertrages lautet:

"Den Parteien ist bekannt, daß der Verpächter mit ... Robert K [REDACTED], Ko [REDACTED] über das gleiche Objekt einen Pachtvertrag geschlossen hatte. Dieser neu vereinbarte Vertrag hat nur Gültigkeit, wenn ... (Beklagter) mit seiner Auffassung Recht hat, daß er wirksam von dem Vertrag zurückgetreten ist."

Das Gesellschaftsverhältnis war für die Dauer des Pachtvertrages eingegangen (§ 3 des Gesellschaftsvertrages).



Am 1. Juli 1952 trat der Steuerberater W.H. R. [REDACTED], der lange Jahre für den Beklagten tätig gewesen war und auch bei Abfassung der Verträge vom 14. Januar 1952 mitgewirkt hatte, mit einer Einlage von 50 000 DM, die später auf 62 500 DM erhöht wurde, als weiterer Kommanditist in die Gesellschaft ein. Laut Nachtrag vom 16. Januar 1953 zum Gesellschaftsvertrag waren schließlich die Komplementäre B. [REDACTED] (Beklagter) und Sch. [REDACTED] mit 10/24 und 7/24 sowie die Kommanditisten Rü. [REDACTED] und St. [REDACTED] mit 5/24 und 2/24 an Gewinn, Verlust und Vermögen der Gesellschaft beteiligt.

Die Firma K. [REDACTED] erkannte den Rücktritt des Beklagten nicht als berechtigt an. Er wurde auf ihre Klage durch Urteil des Landgerichts Karlsruhe - Kammer für Handelssachen Pforzheim - vom 19. Mai 1953 - (Akten O. 1/52 LG Karlsruhe) rechtskräftig verurteilt, das Lichtspieltheater an sie herauszugeben. Ausfertigung des Urteils mit Vollstreckungsklausel gegen die Kommanditgesellschaft wurde der Firma K. [REDACTED] am 3. Juni 1953 erteilt. Am 21. Juni 1953 wurde sie im Wege der Zwangsvollstreckung in den Besitz des Filmtheaters gesetzt. Die Übergabe erstreckte sich auch auf die Kinoeinrichtung, die unstreitig aus Mitteln der Kommanditgesellschaft bezahlt worden war. Diese trat mit Wirkung vom genannten Tage in Liquidation. Der sie im gegenwärtigen Rechtsstreit vertretende Rechtsanwalt Schö. [REDACTED] in P. [REDACTED] wurde zum Liquidator bestellt.

Zwischen der Firma K. [REDACTED] und dem Beklagten fanden außergerichtliche Vergleichsverhandlungen mit dem Ziele statt, die beiderseitigen Ansprüche auf der Grundlage des Urteils vom 19. Mai 1953 zu regeln. Dabei forderte die Firma K. [REDACTED] Ersatz des ihr durch Vorenthaltung der Kinoräume entgangenen Gewinns. Diese Entschädigung wurde auf den Betrag des Gewinnes vereinbart, den die Kommanditgesellschaft beim Betrieb des Kinos erzielt hatte. In Anrechnung darauf übernahm die Firma K. [REDACTED] vom Beklagten das der Gesellschaft gehörende Inventar zum Anschaffungspreis, soweit es sich um Gegenstände handelte, die

nach dem Vertrage mit der Firma K [REDACTED] vom 22. April 1951 nicht vom Beklagten, sondern von der Firma K [REDACTED] hatten angeschafft werden sollen. Diese Gegenstände wurden in Inventarlisten erfaßt, die insgesamt einen Wert von 80 147,66 DM auswiesen. Dieser Betrag wurde dem Beklagten von der Firma K [REDACTED] gutgebracht.

Die klagende Liquidationsgesellschaft ist der Auffassung, der Beklagte müsse ihr diese Summe erstatten. Dieser hält sich dazu nicht für verpflichtet und meint, nachdem der Pachtvertrag vom 14. Januar 1952 gemäß § 10 hinfällig geworden sei, müsse ihm die Klägerin alles herausgeben, was sie durch den Betrieb des Filmtheaters ohne Rechtsgrund erlangt habe, nämlich den ganzen Gewinn. Alsdann bliebe kein Guthaben mehr zu ihren Gunsten.

Die Klägerin, welche behauptet, noch weit höhere Forderungen - auch aus anderen Rechtsgründen - gegen den Beklagten zu haben, hat einen Teilbetrag in Höhe von 49 500 DM nebst Zinsen eingeklagt. Sie hat diese Forderung zuletzt nur noch darauf gestützt, daß ihr der Beklagte den aus dem Verkauf des Inventars erzielten Erlös erstatten müsse.

Das Landgericht hat der Klägerin mit Urteil vom 23. Juli 1956 den genannten Betrag nebst 5 % Zinsen seit dem 26. Juni 1953 (unter Abweisung der Zinsmehrforderung) zugesprochen. Der Beklagte hat Berufung, die Klägerin Anschlußberufung eingelegt. Beide Rechtsmittel waren erfolglos. Auf die Revision des Beklagten hat der erkennende Senat das Berufungsurteil vom 14. März 1958 durch Urteil vom 30. April 1959 - VIII ZR 174/58 - aufgehoben, soweit es zum Nachteil des Beklagten erkannt hatte, und die Sache in diesem Umfange zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Dieses hat der Klägerin nunmehr unter Abweisung der Klage im übrigen 19 909,40 DM nebst 5 % Zinsen zugesprochen. Beide Parteien haben gegen das zweite Berufungsurteil Revision ein-

gelegt. Die Klägerin erstrebt Verurteilung des Beklagten in vollem Umfange. Dieser verfolgt seinen Antrag auf Klagabweisung weiter. Jede Partei beantragt außerdem Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenseite.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts steht der Klägerin aus der vom Beklagten durchgeführten Veräußerung von Kinoeinrichtungsgegenständen im Betrage von 80 147,66 DM an die Firma K[REDACTED] nach den Grundsätzen über die genehmigte Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung ein Anspruch auf Herausgabe des Erlöses gegen den Beklagten zu, weil die aus Gesellschaftsmitteln bezahlten Gegenstände im Eigentum der Gesellschaft gestanden hätten und weil der Gegenwert dem Beklagten in der Weise zugeflossen sei, daß die Firma K[REDACTED] gegen die Kaufpreisforderung einen Teilbetrag der ihr gegen den Beklagten aus der Vorenthaltung des Kinos entstandenen Schadensersatzforderung aufgerechnet habe. Die Einlassung des Beklagten, nicht er, sondern die Klägerin habe das Inventar an die Firma herausgegeben, um damit eine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen, sieht es als widerlegt an. Dazu stellt es fest, lediglich der Beklagte sei der Firma K[REDACTED] aus dem Vertrage mit ihr schadensersatzpflichtig geworden; denn allein er habe ihr die Kinoräume von der Fertigstellung bis zur Durchführung der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 19. Mai 1953 schuldhaft vorenthalten. Für eine sittenwidrige Schädigung der Firma K[REDACTED] durch die Klägerin oder dafür, daß diese sich eine ungerechtfertigte Bereicherung auf deren Kosten entgegenhalten lassen müsse, sieht das Berufungsgericht keinen Anhalt.

II. Diese Ausführungen stimmen mit denen im ersten Berufungsurteil überein. Sie sind im ersten Revisionsverfahren von der Revision nicht im einzelnen angegriffen und vom erkennenden Senat im ersten Revisionsurteil (Entscheidungsgründe B II) nicht beanstandet worden. Sie halten auch gegenüber den jetzt erhobenen Rügen der Revision des Beklagten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Firma K[REDACTED] hatte am 3. Juni 1953 den Antrag gestellt, ihr gegen die jetzt in Liquidation befindliche Gesellschaft (Klägerin) eine vollstreckbare Ausfertigung des gegen den Beklagten ergangenen Herausgabeurteils vom 19. Mai 1953 zu erteilen. Der Urkundsbeamte schrieb daraufhin den Vollstreckungstitel gegen die Gesellschaft mit der Begründung um, ihre Rechtsnachfolge sei hinsichtlich des Besitzes des im Streit befangenen Lichtspieltheaters beim Gericht offenkundig. Das ist vom Berufungsgericht nicht übersehen, war vielmehr unstreitiger Sachverhalt. Weder daraus noch aus der Tatsache, daß die Gesellschaft die Vollstreckung widerspruchslos duldete (Schriftsatz des Beklagten vom 12. November 1956 S. 8) noch aus § 10 des Pachtvertrages (Schriftsatz des Beklagten vom 14. November 1962 S. 2) brauchte das Berufungsgericht den Schluß zu ziehen, die durch Verrechnung mit dem Inventarkaufpreis getilgte Schadensersatzforderung der Firma K[REDACTED] aus der Vorenthaltung des Besitzes am Lichtspieltheater habe sich nicht gegen den Beklagten, sondern gegen die Gesellschaft gerichtet, oder diese sei auf Kosten der Firma K[REDACTED] bereichert worden.

2. Das Berufungsgericht hat allerdings seine Auffassung von der alleinigen Ersatzpflicht des Beklagten (im Verhältnis zwischen den Parteien) gegenüber der Firma K[REDACTED], sei es aus Vertrag, unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung, in seinem 2. Berufungsurteil nicht im einzelnen begründet. Insoweit hat es sich aber (2. Berufungsurteil S. 9:

"nach wie vor") die Ausführungen in seinem ersten Urteil (S. 10 ff) zu eigen gemacht. Dort ist ausgeführt:

Die Gesellschaft habe in keinem Zeitpunkt zu der Firma K [REDACTED] in einem Vertragsverhältnis gestanden und habe daher auch nicht in die Lage kommen können, dieser aus positiver Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig zu werden. Die Gesellschaft habe sich der Firma K [REDACTED] gegenüber auch keiner zum Schadensersatz verpflichtenden unerlaubten Handlung schuldig gemacht, insbesondere falle ihr dieser Firma gegenüber kein sittenwidriges Verhalten zur Last. Der Beklagte habe der Firma K [REDACTED] ununtorbrochen die Räume seit ihrer Fertigstellung am 21. Dezember 1951 vorenthalten. Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages vom 14. Januar 1952 sei der Beklagte der Firma K [REDACTED] gegenüber längst vertragsbrüchig gewesen. Der widerspruchslosen Duldung der Zwangsvollstreckung durch den Gesellschafter Sch [REDACTED] sei nichts zugunsten des Beklagten zu entnehmen; damit habe sich die Gesellschaft insbesondere nicht als Schuldnerin der Firma K [REDACTED] (hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs oder eines Bereicherungsanspruchs) bekannt. Die Gesellschaft sei auch nicht auf Kosten dieser Firma bereichert. Den Besitz am Kino habe sie aus dem Vermögen des Beklagten in Vollzug des Vertrages vom 14. Januar 1952 zwischen den Parteien erlangt und behalten, d.h. im Verhältnis zur Firma K [REDACTED] weder ohne Rechtsgrund noch auf deren Kosten.

3. Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten.

Aus § 10 des Pachtvertrages zwischen den Parteien folgt jedenfalls nicht, daß die Gesellschaft im Verhältnis zur Firma K [REDACTED] das Kino nunmehr ohne Rechtsgrund und auf deren Kosten in Besitz gehabt hätte. Damit bleibt ein Bereicherungs-

anspruch dieser Firma gegen die Klägerin ausgeschlossen.

Unerheblich ist auch, daß die Gesellschaft aufgrund der Umschreibung des Titels gegen sie Schuldnerin des Herausgabeanspruchs wurde, und ebenfalls, ob die Firma K[REDACTED] von vornherein die Klage auf Herausgabe der Kinoräume gegen die Gesellschaft hätte erheben können. Nachdem sie das nicht getan und die Gesellschaft sich gegen die Zwangsvollstreckung nicht gewehrt hatte, wie der Beklagte selbst vorträgt, war die Gesellschaft auch nicht mit ihrer Herausgabepflicht der Firma K[REDACTED] gegenüber in Verzug gekommen, so daß dieser Firma auch Ansprüche aus Verzug gegen die Klägerin nicht zustanden.

Das Berufungsgericht hat danach entgegen der Auffassung der Revision des Beklagten §§ 325, 286 ZPO nicht verletzt und ist damit ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß der Klägerin die Klagforderung grundsätzlich zusteht.

B.

I. Im Rahmen der Prüfung, ob dem Beklagten aus den unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, aus dem Vertrag über das Lichtspieltheater oder aus dem Gesellschaftsvertrag "Gegenrechte" gegenüber der Klagforderung erwachsen sind, ordnet das Berufungsgericht den erstgenannten Vertrag rechtlich als Pachtvertrag ein. Diese Auffassung, die von beiden Revisionen nicht angegriffen wird, enthält keinen Rechtsirrtum.

II. Wie schon im ersten Berufungsurteil legt das Berufungsgericht die Vereinbarung im § 10 des Pachtvertrages als eine auflösende Bedingung (im Sinne von § 158 Abs. 2 BGB) mit (schuldrechtlicher) Rückbeziehung (§ 159 BGB) auf den Abschlußzeitpunkt aus (EU 10, 11). In Übereinstimmung mit den Ausführungen

rungen des erkennenden Senats im ersten Revisionsurteil geht es davon aus, daß sich in einem solchen Falle bei einem Eintritt der Bedingung der Anspruch des Verpächters auf Herausgabe der bis zu diesem Eintritt aus den Pachträumen gezogenen Nutzungen in erster Linie nach der hierüber unter den Parteien getroffenen Vereinbarung richtet, wobei der Parteiville durch Auslegung, gegebenenfalls durch ergänzende Vertragsauslegung, zu ermitteln ist.

III. Das Berufungsgericht stellt dazu fest, daß ausdrückliche Vereinbarungen über die bei Eintritt der auflösenden Bedingung des § 10 des Pachtvertrages für die Vertragspartner entstehenden Folgen nicht getroffen worden seien. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme seien auch stillschweigende Vereinbarungen nicht anzunehmen. Es sei zwar davon auszugehen (Aussage Be[REDACTED]), daß die unmittelbaren Folgen eines Obsiegens der Firma K[REDACTED] für das Bestehen des Pachtvertrages erörtert worden seien. Eine Klärung der entscheidenden Auswirkungen eines Bedingungseintritts sei jedoch unterblieben, weil die Vertragspartner selbst offenbar nicht ernstlich mit einer solchen Möglichkeit gerechnet hätten. Anhaltspunkte für eine Auslegung des schriftlich niedergelegten Vertragstextes fehlten. Bei der Frage nach den Rechtsfolgen eines Bedingungseintritts handele es sich um einen so wichtigen Punkt, daß eine vertragliche Regelung zweifollos getroffen worden wäre, falls man ihn bedacht hätte. Daher liege eine Vertragslücke vor, die nach den Grundsätzen über die ergänzende Vertragsauslegung ausgefüllt werden müsse.

1. Diese Auslegung könne, so meint das Berufungsgericht, nicht dazu führen, den Beklagten als Folge des Eintritts der auflösenden Bedingung die volle wirtschaftliche Verantwortung für das Scheitern des Vertragswerkes tragen zu lassen, der Klägerin also, und damit in erster Linie den anderen Gesellschaftern das Erfüllungsinteresse zu Lasten des Beklagten zu sichern. Dagegen spreche, daß die Einführung des § 10 in den Pachtver-

trag zu dem Zweck erfolgt sei (Aussage Be[REDACTED]), den Vertrag von Anfang an unwirksam werden zu lassen, wenn der Beklagte ihn aufgrund des zu führenden Rechtsstreits über den Vertragsrücktritt nicht habe erfüllen können. Allen Beteiligten sei hiernach deutlich erkennbar gewesen, daß Abschluß und Durchführung des Pachtvertrages mit einem Risiko behaftet gewesen sei, das grundsätzlich von allen Beteiligten, jedenfalls nicht allein vom Beklagten, habe getragen werden müssen. Andererseits könne die Auflösung des Pachtvertrages bei Bedingungseintritt auch nicht die Wirkung haben (BU 11, 12), daß die Klägerin verpflichtet sei, ihren gesamten Reingewinn, lediglich vermindert um eine angemessene Verzinsung der von den Gesellschaftern erbrachten Geldeinlagen, dem Beklagten herauszugeben, während dieser nichts herauszuzahlen habe, weil die ihm von der Klägerin geleisteten Pachtzinszahlungen bei Ermittlung des Reingewinnes bereits abgezogen worden seien. Eine solche Auslegung würde die enge Verbindung zwischen Pacht- und gleichzeitig abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag verkennen. Diese sei dahin zu berücksichtigen, daß die Abwicklung der Folgen eines Eintritts der auflösenden Bedingung nur auf der Grundlage der gesellschaftlichen Bindung der Teilhaber der Klägerin und insbesondere ihrer gegenseitigen Treueverpflichtung als vereinbart angesehen werden könne. Dabei ergebe sich grundsätzlich, daß allen Gesellschaftern, auch dem Beklagten, ein ungeschmälerter Anteil am erzielten Reingewinn der Gesellschaft entsprechend ihrem Beteiligungsverhältnis gesichert sein sollte. Es sei deshalb als vereinbart anzusehen, daß der Beklagte davor habe bewahrt werden sollen, seinen Gewinnanteil - im Gegensatz zu den anderen Gesellschaftern - voll an die Firma K[REDACTED] herauszugeben. Weiterhin ergebe sich bei angemessener Berücksichtigung des Umstandes, daß der Klägerin die Gewinnerzielung erst durch Kapitaleinlagen ermöglicht worden sei, deren Höhe von den Beteiligungsquoten "differieren", daß den betreffenden Gesellschaftern eine angemessene Verzinsung habe zustehen sollen. Hieraus habe sich eine entsprechende Verminderung des auszuschüttenden Reingewinnes ergeben müssen.

2. Alsdann geht das Berufungsgericht von einem "während der Führung des Kinos" von der Gesellschaft "unstreitig" erzielten Reingewinn von 76 272,50 DM aus und meint, es sei angemessen, daß daraus die Geldeinlagen der Gesellschafter vorweg mit 4 % verzinst werden. Den dafür benötigten Betrag setzt es der Berechnung im Schriftsatz des Beklagten vom 14. November 1961 S. 19 entsprechend mit 5 255,08 DM an und errechnet als unter die Gesellschafter aufzuteilenden Reingewinn 71 017,42 (76 272,50 - 5 255,08) DM. Entsprechend seiner Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft mit 10/24 billigt es dem Beklagten einen Betrag von $(71\,017,42 : 24 = 2\,959,06 \times 10 =)$ 29 590,60 DM zu. Damit könne er der Klageforderung gegenüber aufrechnen, so daß noch ein Betrag von (49 500 - 29 590,60 DM) 19 909,40 DM bleibe, den es der Klägerin zuspricht.

3. Ansprüche der Klägerin auf Rückzahlung der an den Beklagten geleisteten Pachtzinsen in Höhe von 80 029,29 DM (Aufstellung im Schriftsatz der Klägerin vom 11. September 1961 S. 10) hält das Berufungsgericht nicht für gerechtfertigt, weil die Pachtzahlungen bei Ermittlung des Reingewinnes bereits abgezogen worden seien und weil es auch im Rahmen der vorzunehmenden ergänzenden Vertragsauslegung liege, dem Beklagten die Pacht, die ihm auch bei Fortführung des Kinos durch die Firma K. zugeflossen wäre, als Grundstückserträge zu belassen.

C.

Diese Ausführungen werden von beiden Revisionen angegriffen, jedoch konnte nur die Revision der Klägerin Erfolg haben.

I. Die ergänzende Vertragsauslegung des Berufungsgerichts führt zu folgendem Ergebnis:

Der Beklagte darf die ihm von der Gesellschaft bezahlte Pacht = 80 029,29 DM (BU 7, 14) behalten. Von dem "Reingewinn"

erhält er 29 590,29 DM vorweg (BU 14). Von diesen insgesamt 109 619,60 DM muß er zwar den der Firma K [REDACTED] zu leistenden Schadensersatz (= 76 272,50 DM) im Verhältnis zur Klägerin allein tragen. Von Pacht und Reingewinn bleiben ihm alsdann immer noch 33 347,10 DM. Ob das viel oder wenig ist, ist unerheblich, jedenfalls kann es im Verhältnis zu den Kommanditisten St [REDACTED] (jetzt Ehefrau B [REDACTED] ?) und R [REDACTED] (jetzt seine Erben) unbillig sein, wenn diese weder ihr restliches Kapital (St [REDACTED] noch 16 000 DM und R [REDACTED] noch 38 750 DM) voll, noch angemessene Zinsen darauf, aber auch ihren sog. Gewinnanteil nicht ausbezahlt erhalten. Mit dieser Möglichkeit ist aber bei der "unstreitigen Überschuldung der Liquidationsmasse" (BU 14) und nach den Erklärungen des Liquidators zur Sitzungsniederschrift vom 25. Januar 1960 S. 1 zu rechnen.

II. Dieses mögliche Ergebnis seiner ergänzenden Vertragsauslegung hat das Berufungsgericht erkennbar nicht bedacht. Es meint zwar, eine Auslegung, die dazu führen müsse, daß der Beklagte die volle Verantwortung für das Scheitern des Vertragswerkes tragen müsse, sei nicht zu rechtfertigen (BU 12). Das gleiche muß aber für eine solche Auslegung gelten, die den Verlust ganz oder mindestens im wesentlichen den übrigen Gesellschaftern, insbesondere den Kommanditisten, aufbürdet, wie es hier möglicherweise der Fall ist, wenn der Beklagte von dem Anspruch der Klägerin seine "Gegenforderung" von 29 590,60 DM abziehen darf. Letzteres hat das Berufungsgericht, das an sich zutreffend von einer engen Verbindung zwischen dem Pachtvertrag und dem gleichzeitig abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag ausgeht (BU 13), die auch bei der ergänzenden Auslegung des § 10 des Pachtvertrages zu berücksichtigen ist, ersichtlich deshalb nicht erkannt und nicht beachtet, weil es von einem unrichtigen Begriff des auf die Gesellschafter "aufzuteilenden Reingewinnes der Gesellschaft" ausgegangen ist. Zwar konnte die Firma K [REDACTED] vom Beklagten

als Schadensersatz wegen Nichterfüllung den Betrag fordern, den die Gesellschaft in der Zeit vom 21. Dezember 1951 bis zur Herausgabe des Kinos im Juni 1953 rechnerisch als Überschuß erzielt hatte, weil anzunehmen war, die Firma K. [REDACTED] würde in dieser Zeit einen "Gewinn" in gleicher Höhe erzielt haben, der ihr auch tatsächlich verblieb, weil sie das Theater gewinnbringend weiterbetreiben konnte. Für die Klägerin selbst war aber der bis zum Beginn der Liquidation aus dem Betriebe des Lichtspielhauses erzielte Überschuß nur ein Zwischenergebnis, das über die Geschäftsentwicklung in diesem Zeitraum Aufschluß gab, keineswegs aber schon der Reingewinn der Gesellschaft, an dem allen Gesellschaftern "ein ungeschmälerter Anteil" gesichert werden mußte. Ob bei einer Gesellschaft, die ihr Unternehmen nicht fortbetreiben kann und deshalb liquidiert werden muß, ein verteilbarer Reingewinn bleibt, läßt sich nämlich in der Regel erst nach Durchführung der Liquidation oder doch erst nach Aufstellung einer verbindlichen Liquidationsschlußbilanz übersehen. Außerdem hat hier das Berufungsgericht den Vortrag im Schriftsatz der Klägerin vom 15. Januar 1962 S. 12, 13 nicht beachtet (§ 286 ZPO). Darin hatte sich die Klägerin zwar damit einverstanden erklärt, daß der Einfachheit halber als "Gewinn" für die Zeit vom 21. Dezember 1951 bis zum 10. Juni 1953 ein Betrag von 76 272,50 DM als zutreffend angesehen werden möge, hatte aber gleichzeitig betont, er vermindere sich weitgehend um die Kosten und die Verluste des Liquidationsverfahrens, die im einzelnen angeführt sind.

III. Schon aus den hier erörterten Gesichtspunkten kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit in ihm zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist. Der Senat kann aber insoweit auch nicht abschließend zu ihren Gunsten durcherkennen, weil es dazu noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf.

Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts liegt es zwar nahe, daß dem Beklagten ein fälliger Anspruch auf einen Gewinnanteil, mit dem er gegenüber der Klagforderung aufrechnen könnte (§ 387 BGB, §§ 161 Abs. 2, 155, 122 HGB), nicht zusteht und daß er seine Leistung auch nicht aus anderen Gründen zurückhalten kann, weil die Liquidationsmasse auch dann noch überschuldet bleiben würde, wenn der Beklagte die mit der "Teilklage einverlangten Beträge" bezahlt, wovon das Berufungsgericht ausgeht (BU 14). Dabei bleibt jedoch unklar, ob es damit nicht nur den der Klägerin "zugesprochenen" Betrag, der mit 5 % Zinsen für rund 9 1/3 Jahre (26. Juni 1953 bis zur letzten mündlichen Verhandlung vom 26. Oktober 1962 immerhin = rund 29 200 DM ausmacht, meint, oder ob es den vollen eingeklagten Betrag (= mit Zinsen) rund 72 600 DM in Betracht zieht. Letzteres kann jedenfalls nicht ohne weiteres unterstellt werden.

IV. Dagegen ist die Auffassung des Berufungsgerichts tatsächlich und rechtlich unbedenklich, daß der Beklagte an die Liquidationsgesellschaft den zugesprochenen Betrag, der nach Lage der Sache unter allen Umständen zur Durchführung der Liquidation benötigt wird, zahlen muß.

1. Soweit das Berufungsgericht dazu feststellt (BU 14), die Liquidationsmasse sei überschuldet, ist es insbesondere nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch die restlichen Einlagen der Gesellschafter (Kommanditisten) berücksichtigt, die unstreitig - ohne Ansatz von irgendwelchen Zinsen - noch 16 000 DM und 38 750 DM betragen; denn auch diese Einlagen sind mit in Rechnung zu stellen. Von einem Reingewinn der Gesellschaft kann nämlich, was das Berufungsgericht unbeachtet gelassen hat, erst dann die Rede sein, wenn das Kapital erhalten bleibt und erstattet werden kann. Davon ist auch der erkennende Senat in seinem ersten Revisionsurteil ausgegangen (S. 12 erster Absatz zum Schluß).

Diese Erstattung ist aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht gewährleistet, wenn der Beklagte nicht mindestens den zugesprochenen Betrag zahlt.

2. Die Revision des Beklagten meint auch zu Unrecht, die vom Berufungsgericht als unstreitig bezeichnete Überschuldung beruhe auf einer irrigen Annahme. Dafür bietet nämlich weder der festgestellte Sachverhalt noch der von der Revision des Beklagten in Bezug genommene Parteivortrag der Klägerin (Schriftsatz vom 29. März 1962) mit den überreichten Anlagen einen Anhalt. Die Aufstellung des Steuerberaters und beidigten Bücherrevisors Kn● enthält nur das nach Ansicht von Kn● vorhandene Liquidationsvermögen und ist vom Liquidator nicht anerkannt. Außerdem ist darin von Liquidationsverlusten in Höhe von 24 576 DM die Rede. Schließlich sind auch nach ihr die mit nur insgesamt 49 500 DM (statt 16 000 + 38 750 = 54 750 DM) - ohne Berechnung irgendwelcher Zinsen - angesetzten restlichen Einlagen der Gesellschafter (Kommanditisten) durch die von Kn● als verwertbar bezeichneten Werte (= 46 883,53 DM) nicht gedeckt. Daher ist auch nach dieser Aufstellung davon auszugehen, daß diese Gesellschafter sogar ihre Einlagen teilweise verlieren, aber auch weder Zinsen noch einen "Gewinnanteil" erhalten können. Die von der Revision des Beklagten in Bezug genommene vom Liquidator aufgestellte "voraussichtliche Liquidationsschlußbilanz" weist zwar ein Reinvermögen von 93 032,32 DM aus. Das kann aber nur rein rechnerisch gemeint sein; denn es ist dabei vorausgesetzt, daß die in diese Bilanz aufgenommenen Guthabenposten, darunter die hier streitige Forderung für Inventar B● mit 80 147,66 DM an den Beklagten und weitere mindestens zum Teil streitige Forderungen an ihn (vgl. Nr. 3, 5, 7 und 15) voll eingehen. Durch den von der Revision in Bezug genommenen Sachvortrag nebst Unterlagen wird daher die Feststellung des Berufungsgerichts, die Liquidationsmasse bliebe auch dann überschuldet, wenn der Beklagte den zugesprochenen Betrag bezahle, nicht widerlegt.

3. Bedarf aber der Liquidator zur Durchführung der Liquidation mindestens des der Klägerin zuerkannten Teilbetrages, alsdann kann sich der Beklagte gegen seine entsprechende Verurteilung auch aus sonstigen Gründen nicht wenden. Von einer "Bereicherung" der Gesellschaft kann keine Rede sein, wenn diese im Endergebnis Überschüsse nicht erzielt hat, wovon hier nach dem Ausgeführten auszugehen ist. Damit gehen auch die Rügen der Revision ins Leere, die darauf abzielen, der Beklagte habe am "Gewinn" noch mehr "beteiligt" werden müssen.

V. Hiernach war die Revision des Beklagten als unbegründet zurückzuweisen. Dagegen mußte auf die Revision der Klägerin das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, soweit in ihm, auch wegen der Kosten, zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Zu einer abschließenden ergänzenden Vertragsauslegung bedarf es nach den obigen Ausführungen in erster Linie einer Prüfung, welche Beträge erforderlich sind, um die Schulden der Gesellschaft und die Kapitaleinlagen der Gesellschafter (nebst Zinsen) zu decken. Für die Frage, ob und inwieweit der Beklagte zur Leistung heranzuziehen ist, könnte auch von Bedeutung sein, ob er etwa bei Abschluß des Pacht- und Gesellschaftsvertrages die Aussichten des Rechtsstreits mit der Firma K. stiger geschildert hat, als er es verantworten konnte (zu vgl. die Ausführungen im Schriftsatz der Klägerin vom 15. Januar 1962 S. 7-9 mit Beweisantritten).

Im übrigen kann es jedoch beiden Parteien überlassen bleiben, ihr Vorbringen aus dem Revisionsverfahren in dem neuen Verfahren vor dem Berufungsgericht zu wiederholen und notfalls zu ergänzen.

D.

Soweit das Berufungsgericht dem Beklagten $\frac{2}{5}$ der Kosten der bisherigen Verfahren, einschließlich der Kosten des ersten Revisionsverfahrens, auferlegt hat, behält es dabei sein Bewenden, weil der Beklagte in diesem Umfange schon endgültig unterlegen ist. Aus diesem Grunde sind ihm auch $\frac{2}{5}$ der Kosten des jetzigen Revisionsverfahrens auferlegt. Die Entscheidung über die restlichen $\frac{3}{5}$ der Kosten hat das Berufungsgericht zu treffen, weil sie vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Gelhaar

Artl

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner