

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 195/64

URTEIL

Verkündet am

21. Dezember 1966
Klett, Justiz-
hauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Hauseigentümers Karl S. [REDACTED] in K[REDACTED],
Kl. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Krankenkasse der Wirte-Innung in K[REDACTED], B[REDACTED]straße,
"Haus des Gastgewerbes", vertreten durch den Vorstand,
dieser vertreten durch den Gastwirt Josef F[REDACTED] in K[REDACTED],
N[REDACTED], U[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 26. Mai 1964 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht einen Zahlungsanspruch aus einer Pfändung und Überweisung gegen den Beklagten als Drittschuldner geltend.

Der Beklagte ist Eigentümer eines Hausgrundstücks in K■■■■. Mit Vertrag vom 19. August 1958 verpachtete er die in diesem Hause befindliche Tanzbar mit Nebenräumen zur Führung einer Bar an zwei Pächter W■■■■ und L■■■■. Der monatliche Pachtzins betrug 1 100 DM. Die Pächter leisteten eine Mietvorauszahlung von 16 500 DM. Sie sollte mit monatlich 550 DM auf den jeweils fälligen Pachtzins verrechnet werden. Das Pachtverhältnis sollte am 1. Dezember 1958 beginnen und vorerst am 31. August 1963 enden. Unter dem



21. August 1958 meldeten W [REDACTED] und L [REDACTED] zum Handelsregister an, daß sie unter der Firma "E [REDACTED], W [REDACTED] & Co." eine offene Handelsgesellschaft errichtet hätten, die mit Wirkung vom 19. August 1958 begonnen habe. Die Eintragung in das Handelsregister erfolgte am 25. November 1958.

W [REDACTED] und L [REDACTED] kamen der Klägerin gegenüber der Verpflichtung zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge nicht nach. Sie schuldeten der Klägerin für die Zeit bis 28. Februar 1959 einen Betrag von 6 800 DM. Wegen dieser Forderung pfändete die Klägerin die Forderung der Schuldner W [REDACTED] und L [REDACTED] gegen den Beklagten wegen Mietvorauszahlung aus dem Pachtvertrage vom 19. August 1958. Dem Beklagten wurde am 7. März 1959 ein entsprechendes Zahlungsverbot und ein Überweisungsbeschluß zugestellt.

Unter dem 24. März 1959 meldeten W [REDACTED] und L [REDACTED] zum Handelsregister an, daß die offene Handelsgesellschaft "E [REDACTED], W [REDACTED] & Co." mit Wirkung vom 13. Februar 1959 aufgelöst und die Firma erloschen sei. Eine Liquidation finde nicht statt. Verteilbares Vermögen sei nicht mehr vorhanden. Mit einem an W [REDACTED] und L [REDACTED] gerichteten Schreiben vom 21. Mai 1959 kündigte der Beklagte den Pachtvertrag fristlos, u.a. weil Pachtrückstände bestanden. Am 23. Juli 1959 schloß der Beklagte mit der Witwe L [REDACTED], der Mutter des früheren Mitpächters L [REDACTED], einen neuen Pachtvertrag über die Barräume. Das Pachtverhältnis sollte mit dem 1. August 1959 beginnen. Mit einem gleichzeitig abgeschlossen Kaufvertrag verkaufte und übereignete der Beklagte an Frau L [REDACTED] das in der Bar befindliche Inventar zu einem Preise von 20 000 DM. Der Wert der veräußerten Gegenstände wurde in einem dem Pachtvertrage beigefügten Inventarverzeichnis übereinstimmend mit dem

Inventarverzeichnis zum Kaufvertrag vom 19. August 1958 mit 38 950,89 DM angegeben. Auf den Kaufpreis von 20 000 DM wurden 10 450 DM verrechnet. Dieser Betrag entsprach dem noch unverbrauchten Rest der Pachtvorauszahlung der früheren Pächter W [REDACTED] und L [REDACTED]. Auf den Restbetrag wurden bei Vertragsschluß 2 675 DM gezahlt. Der Restbetrag von 6 875 DM sollte in monatlichen Raten von 550 DM abgezahlt werden. Als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Pacht- und Kaufvertrages war die pünktliche Zahlung dieser und anderer Beträge vereinbart worden. Da die Witwe L [REDACTED] ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachkam, erwirkte der Beklagte gegen sie unter dem 3. Dezember 1959 ein Urteil, durch das sie verurteilt wurde, den Barbetrieb an den damaligen Kläger herauszugeben. Die Räumung erfolgte im März 1960.

Im Oktober 1959 veranlaßte der Beklagte die Klägerin, wegen ihrer restlichen Forderung gegen W [REDACTED] und L [REDACTED] einen weiteren Betrag der unverbrauchten Pachtvorauszahlung zu pfänden. Die Klägerin brachte am 2. November 1959 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß über einen weiteren Betrag von etwa 2 200 DM aus.

Mit der Klage begehrt die Klägerin Zahlung des ihr zuerst überwiesenen Betrages von 6 800 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte macht geltend, er habe den Pachtvertrag mit der offenen Handelsgesellschaft "E [REDACTED], W [REDACTED] & Co." geschlossen. Dieser und nicht dem W [REDACTED] und L [REDACTED] stehe die Forderung auf Rückzahlung der Pachtvorauszahlung zu. Ferner habe die Stadt K [REDACTED] wegen rückständiger Steuern und Kosten im Betrage von 18 453,69 DM bereits am 6. März 1959 eine Pfändung gegen die offene Handelsgesellschaft ausgebracht. Ihm selber ständen Gegenforderungen zu, die

die nicht verbrauchte Pachtvorauszahlung überstiegen. So habe er für die Zeit vom 1. August 1959 bis 31. März 1960 eine Nutzungsentschädigung von 3 800 DM zu beanspruchen. Ferner mache er Schadensersatzforderungen geltend, weil das Inventar in völlig verkommenem Zustand zurückgelassen worden sei. Schließlich rechnet der Beklagte mit ihm ange- tretenen Forderungen und entstandenen Gerichts- und Voll- streckungskosten auf.

Das Landgericht und das Berufungsgericht haben den Beklagten ~~nach~~ dem Klageantrage verurteilt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klage- abweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revi- sion zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Der Beklagte ist in erster Linie der Auffassung, die von der Klägerin gegen W [REDACTED] und L [REDACTED] ausgebrachte Pfändung und Überweisung seien wirkungslos, weil die Forde- rung auf Erstattung des im voraus gezahlten Pachtzinses nicht diesen beiden Schuldnern, sondern der offenen Handels- gesellschaft "E [REDACTED], W [REDACTED] & Co." (im folgenden oHG) zu- stehe. Das Berufungsgericht hält diesen Einwand für unbe- gründet. Es nimmt an, der Pachtvertrag sei mit Weers und Lamberg persönlich geschlossen worden. Dadurch, daß die oHG in den Pachträumen ihren Geschäftsbetrieb geführt habe, sei sie nicht zur Pächterin geworden. Die Behauptung des Beklagten, bei Abschluß des Pachtvertrages sei ihm von den Pächtern erklärt worden, der Vertrag solle für die von ihnen zu gründende oHG gelten, hiermit sei er einverstanden gewesen, berücksichtigt das Berufungsgericht wegen ver- späteten Vorbringens nicht. Im übrigen, so meint es, sei eine solche Absprache auch nicht erfolgt. Das ergebe sich aus dem Inhalt des vorgelegten Schriftwechsels.

2. Die Revision glaubt, aus §§ 343, 344 HGB folgern zu können, daß W [REDACTED] und L [REDACTED] den Pachtvertrag für die schon gegründete, mindestens aber zu gründende oHG geschlossen hätten, und rügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß in mehreren Schreiben des Beklagten auch die Gesellschaft erwähnt worden sei.

3. Der Revision ist zuzugeben, daß die Würdigung des Berufungsgerichts, nicht die oHG, sondern W [REDACTED] und L [REDACTED] hätten im Zeitpunkt der Pfändung einen Anspruch auf Rückzahlung der Pachtvorauszahlung gegen den Beklagten gehabt, nicht frei von rechtlichen Bedenken ist.

a) Für die rechtliche Einordnung eines Sachverhalts kommt es nicht entscheidend darauf an, welche gesetzliche Bezeichnung die Beteiligten wählen und ob ihnen die maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen bekannt sind, sondern ob die Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes erfüllt sind. Hier hatten W [REDACTED] und L [REDACTED] sich unstreitig vertraglich verbunden, um in bestimmter Weise einen gemeinsamen Zweck zu erreichen, nämlich ein Gaststättenunternehmen gemeinsam zu betreiben. Darin liegt zum mindesten der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nach bürgerlichem Recht gemäß § 705 BGB. Zu dieser von W [REDACTED] und L [REDACTED] beabsichtigten gemeinsamen Führung ihres Unternehmens hat der Beklagte die erforderlichen Geschäftsräume verpachtet. Das war der im Pachtvertrage ausdrücklich erwähnte Zweck (§ 1: Zur Führung einer Bar ..., § 4: ... wenn die Pächter den Gewerbebetrieb einstellen, ... Recht, sich von der ordnungsmäßigen Führung der Wirtschaft durch die Pächter und dem Zustande des Betriebes zu überzeugen). W [REDACTED] und L [REDACTED] waren nach § 1 Abs.1, Abs.2 Nr. 1 HGB, weil sie ein Handelsgewerbe betrieben, Kaufleute. Der Pachtvertrag kann daher kaum anders ausgelegt werden, als daß der Beklagte die Geschäftsräume

an W [REDACTED] und L [REDACTED] in ihrer Eigenschaft als Kaufleute verpachtet hat, die sich zum Betriebe eines Handelsgewerbes verbunden hatten. Ob im Augenblick des Abschlusses des Pachtvertrages bereits eine offene Handelsgesellschaft, zu deren Entstehen es nicht der Eintragung bedarf, errichtet worden war, kann dahingestellt bleiben. Möglicherweise waren bei Abschluß des Pachtvertrages W [REDACTED] und L [REDACTED] noch nicht Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, es spricht aber alles dafür, daß der Vertrag mit ihnen jedenfalls als Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zustande gekommen ist. Daß der Ausdruck "Gesellschaft" nicht gebraucht worden ist, ist unerheblich. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat keine eigene Rechtspersönlichkeit; bei Rechtsgeschäften mit Dritten sind die Gesellschafter Vertragsgegner in der Ausgestaltung, daß das Gesellschaftsvermögen nicht ihnen als einzelnen, sondern in gesamthänderischer Verbundenheit zusteht.

b) Das Berufungsgericht ist der Ansicht, wenn nicht bei Abschluß des Pachtvertrages die OHG aufgetreten sei, könne sie mangels Zustimmung des Beklagten nicht mehr in eine Pächterstellung eingerückt sein. Dem kann nicht gefolgt werden. Das Berufungsgericht berücksichtigt nicht die rechtliche Natur der offenen Handelsgesellschaft. Der Eintritt eines Dritten in ein Mietverhältnis kann allerdings nicht ohne Mitwirkung des anderen Teils erfolgen. Das gilt grundsätzlich auch bei der Übertragung eines Handelsgeschäfts und beim Wechsel in der Inhaberschaft eines Unternehmens, mag auch bei einem sogenannten unternehmensbezogenen Mietverhältnis der Vermieter zur Abgabe der Einwilligung verpflichtet sein (Brandner, NJW 1960, 127; Roquette, BB 1963, 1387; Betr. 1965, 281). Im vor-

liegenden Fall handelt es sich nicht um den Wechsel einer Vertragspartei. Wenn, wie zu unterstellen ist, die aus den Gesellschaftern W [REDACTED] und L [REDACTED] bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch Aufnahme eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes unter einer gemeinsamen Firma zu einer offenen Handelsgesellschaft geworden ist, so sind die frühere bürgerlich-rechtliche Gesellschaft und die nunmehrige offene Handelsgesellschaft ein und dieselbe Gesellschaft. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat lediglich ihren rechtlichen Charakter geändert; eine Neugründung liegt nicht vor (BGH Urt. v. 13. November 1961 - II ZR 202/60 = WM 1962, 10, 12; HGB RGRK § 105 Anm. 42 und Anm. 62). Das Vermögen der bisherigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist mit allen Rechten und Pflichten Vermögen der offenen Handelsgesellschaft geworden, ohne daß es einer Übertragung im einzelnen bedarf. Ein von den bisherigen Gesellschaftern eingegangenes Mietverhältnis wird deshalb ohne weiteres ein Mietverhältnis der offenen Handelsgesellschaft. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß ohne Mitwirkung des Vermieters ein Mietverhältnis mit der offenen Handelsgesellschaft nicht begründet werden könne, würde zu einem wirtschaftlich unerträglichen Ergebnis führen. Dann würden nämlich Minderkaufleute, die ihren Betrieb in der Form einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft führen, nicht berechtigt sein, bei Aufnahme eines vollkaufmännischen Handelsgewerbes die Geschäftsräume nunmehr für den Betrieb der ohne ihr Zutun entstandenen offenen Handelsgesellschaft zu nutzen. Die Inanspruchnahme der Geschäftsräume für die offene Handelsgesellschaft wäre mangels Erlaubnis des Vermieters eine unberechtigte Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten (§ 549 BGB). Das kann nicht rechtens sein (vgl. dazu

BGH Urt. v. 22. Januar 1955 LM BGB § 553 Nr. 2 m. Anm. Bettermann MDR 1955, 597). Es spricht also alles dafür, daß während des Bestehens der "Ekstase, Weers & Co. oHG" diese Pächterin der Geschäftsräume gewesen ist.

c) Die oHG könnte sich allerdings am 13. Februar 1959 wieder in eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft umgewandelt haben. Die Pächter haben am 24. März 1959 zum Handelsregister angemeldet, daß die offene Handelsgesellschaft mit Wirkung vom 13. Februar 1959 aufgelöst sei. Wie aus der Anmeldung zum Handelsregister und aus der Löschung zu schließen ist, hat es sich um eine auf die Dauer bestimmte Aufgabe des Betriebes gehandelt. Haben, wie zu unterstellen ist, die Gesellschafter den Betrieb der Bar zu diesem Zeitpunkt eingestellt, so könnten die für eine offene Handelsgesellschaft notwendigen gesetzlichen Merkmale entfallen sein. In einem solchen Fall wandelt sich grundsätzlich die offene Handelsgesellschaft wieder in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes um (BGHZ 32, 307, 310 ff). Denkbar ist indessen auch, daß die oHG zwar aufgelöst, aber, obwohl sie für beendet gehalten wurde, tatsächlich nicht beendet war, weil die Forderung auf Erstattung der Pachtzinsvorauszahlung noch zu ihrem Vermögen gehörte (Baumbach/Duden, HGB, 17. Aufl. § 131 Anm. 1 c).

4. Eine abschließende Entscheidung, ob im Zeitpunkt der Pfändung die oHG noch bestand oder W. und L. Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts waren, ist jedoch im gegenwärtigen Revisionsverfahren nicht erforderlich, weil die Sache in jedem Fall an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß.

a) Bestand im Zeitpunkt der Pfändung noch die oHG, so ist entgegen der Ansicht der Revision die Klage nicht ohne weiteres abzuweisen. Vielmehr bedarf es dann der vom Berufungsgericht vorzunehmenden Würdigung, ob die Klägerin in Wahrheit nicht etwa die oHG wegen der Sozialversicherungsbeiträge hat in Anspruch nehmen wollen und ob dementsprechend eine Forderung der oHG gepfändet worden ist.

Es ist zwar richtig, daß wegen einer außergesellschaftlichen Schuld des Gesellschafters einer Personalgesellschaft der Gläubiger nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstrecken kann. Der Grund liegt darin, daß die Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand der Verfügung über den Gegenstand gleichkommt und der Gesellschafter nicht über die einzelnen zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände verfügen kann (§ 719 BGB). Nach § 124 Abs.2 HGB ist deshalb bei der offenen Handelsgesellschaft zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schudtitel erforderlich. Hier sind im Pfändungs- und Überweisungsbeschuß zwar als Schuldner W [REDACTED] und L [REDACTED] bezeichnet. Daraus läßt sich aber noch nicht der Schluß ziehen, die Klägerin habe beide als persönliche Schuldner in Anspruch nehmen wollen und habe deshalb den zum Gesamthandsvermögen der oHG gehörenden Erstattungsanspruch nicht wirksam gepfändet. Ein eigentlicher Schudtitel fehlt. Es handelt sich um eine Beitreibung von Krankenkassenbeiträgen im Verwaltungszwangsverfahren nach § 28 RVO. Der Bescheid über die Anforderung der Beiträge liegt nicht vor. Es mag davon ausgegangen werden, daß in Übereinstimmung mit dem Pfändungs- und Überweisungsbeschuß die Zahlung der Beiträge von "W [REDACTED] und L [REDACTED]" angefordert worden ist. Sowohl Schudtitel als auch Pfändungsbeschlüsse sind aber, wie das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof ständig angenommen haben, der Auslegung fähig. Es ist zu ermitteln, wen die

Klägerin in Wahrheit als ihren Schuldner der Beiträge in Anspruch nehmen will, gegen wen also der Schuldtitel und der Pfändungsbeschluß sich richten und wessen Forderung dementsprechend gepfändet werden sollte. Trotz unrichtiger und ungenauer Parteibezeichnung ist grundsätzlich die Person als Partei anzusprechen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen wird (RGZ 157, 369, 374). Auch die Anforderungen an einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß dürfen nicht zu weit gespannt werden. Ungenauigkeiten können die Wirksamkeit der Pfändung nicht beeinträchtigen, sofern sie einen Zweifel über den Sinn der Pfändung nicht aufkommen lassen. Die zu pfändende Forderung muß nur so bestimmt bezeichnet werden, daß bei verständiger Auslegung des Beschlusses unzweifelhaft fest steht, welche Forderung Gegenstand der Zwangsvollstreckung sein soll. Sogar die Angabe eines falschen Gläubigers ist unschädlich, wenn die Identität der Forderung nicht in Frage gestellt ist (BGHZ 14, 42 f; RGZ 160, 37, 39). So war im Falle des Reichsgerichts nicht die im Pfändungsbeschluß genannte Witwe des Erblassers, sondern die Erbengemeinschaft Gläubigerin der gepfändeten Forderung. Das Reichsgericht führt aus, es stehe außer Zweifel, daß die Forderung aus dem Pachtvertrage gepfändet werden sollte, es spiele für jeden Dritten gar keine Rolle, ob nun die Witwe oder die Erbengemeinschaft Gläubigerin sei. So könnte es auch hier liegen. Die Klägerin fordert Beiträge für die Zeit vom 29. August 1958 bis 28. Februar 1959. Die Beiträge schuldet der Arbeitgeber nach § 380 RVO. Es liegt auf der Hand, daß die Klägerin von denjenigen Beiträge beitreiben wollte, die Arbeitgeber waren. In der genannten Zeit hat aber mindestens zum ganz überwiegenden Teil unstreitig die oHG den Barbetrieb geführt. Sie war die Arbeitgeberin, die die Beiträge zur Krankenkasse zu leisten hatte. Arbeitgeber

kann nicht nur eine natürliche oder juristische Person sein, sondern auch eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts oder eine oHG. In diesen Fällen sind nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern ist die eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bildende Gesamtheit der Gesellschafter der Arbeitgeber (BSG Urt.v. 29. März 1962 - SozR § 380 RVO Nr.1). Es ist nicht von der Hand zu weisen, daß die Klägerin die Beiträge nicht von den einzelnen Gesellschaftern persönlich zu erlangen suchte, zumal deren Vermögensverhältnisse offenbar ungeklärt waren, sondern daß sie sich an denjenigen als Arbeitgeber halten wollte, der die Einnahmen aus dem Beschäftigungsverhältnis zog und gegen den die Beiträge durch Vollstreckung in das Vermögen des Unternehmens beigetrieben werden konnten. Es spricht daher viel für die Annahme, daß die Klägerin die Zwangsvollstreckung betrieb gegen M [REDACTED] und L [REDACTED] als in der Form der Gesamthand verbundene Gemeinschaft, wie auch immer sie sich rechtlich gestaltete, mochte sie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine offene Handelsgesellschaft sein. Gegenstand der Vollstreckung wäre dann der Anspruch gewesen, der sich aus dem gemeinsamen Pachtvertrag über die Betriebsräume ergab, also um einen dem Betriebsführer und Arbeitgeber zur gesamten Hand zustehenden Anspruch. Irgendein Zweifel über die Person des Schuldners und den Anspruch gegen den Drittschuldner würde unter diesen Umständen nicht bestehen. Es wäre Förmerei, eine gegen Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft gerichtete Vollstreckung etwa deshalb scheitern zu lassen, weil die Gesellschaft durch Aufnahme eines vollkäufermännischen Betriebs, ohne daß es den Gläubigern bekannt geworden ist, zu einer offenen Handelsgesellschaft geworden ist.

Unter diesem Gesichtspunkt wird das Berufungsgericht, falls es noch darauf ankommen sollte, seine bisherige Würdigung überprüfen müssen.

b) Stellt sich dagegen im Zeitpunkt der Pfändung das zwischen W [REDACTED] und L [REDACTED] bestehende Gesellschaftsverhältnis als eine Gesellschaft nach bürgerlichem Recht dar, so waren die Pfändung und Überweisung allerdings wirksam; denn nach § 736 ZPO ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich und ausreichend. Wer in dem Bescheid, mit dem die Beitragsrückstände angefordert sind und der als Grundlage des Verwaltungszwangsverfahrens dient, als Schuldner bezeichnet ist, kann dahingestellt bleiben. Denn der Pfändungsbeschluß ist gegen beide Gesellschafter ergangen. Von ihnen als den Arbeitgebern der im gemeinsamen Betrieb beschäftigten Personen wird Zahlung verlangt. In diesem Fall hat das Berufungsgericht also zutreffend angenommen, daß der Beklagte nicht einwenden kann, es sei eine Forderung gepfändet, die dem Schuldner nicht zustehe. Es kommt dann aber auf die sonstigen Angriffe der Revision an, die, wie im folgenden auszuführen ist, zu einer Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht führen müssen.

II. Aus den vorstehenden Erwägungen ist nämlich auch die weitere Rüge der Revision begründet, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß die von der Stadt K [REDACTED] ausgebrachte Pfändung, weil sie sich gegen die oHG gerichtet habe, wirkungslos gewesen sei. Es handelt sich um folgendes: Die Stadt K [REDACTED] hat unter dem 6. März 1959 wegen rückständiger Vergnügungssteuer, Getränkesteuer, Schankerlaubnissteuer und einer der Stadt abgetretenen Pachtzinsteilforderung des Beklagten nebst Säumniszuschlägen im Gesamtbetrage von 18 453,69 DM gegen die Fa. W [REDACTED] & Co, oHG eine Pfändungsverfügung erlassen, durch die die angebliche Forderung der Vollstreckungsschuldnerin u.a. aufgrund Miet- bzw. Pachtverhältnisses aus dem derzeitigen Guthaben aus Hinterlegungen, Gewinnen, Abschüssen der ...

Kautionen, Sicherheiten oder sonstigen Forderungen gepfändet wurde. Diese Verfügung soll nach der von der Klägerin bestrittenen Behauptung des Beklagten am 6. März 1959 zugestellt worden sein. Das Berufungsgericht hält eine Nachprüfung und Aufklärung dieser Unklarheit nicht für erforderlich, weil es auf den Zeitpunkt der Zustellung nicht entscheidend ankomme. Es meint, die Stadt K[REDACTED] habe ihre Vollstreckungsmaßnahme gegen die oHG und damit gegen den unrichtigen Schuldner gerichtet. Ihre Maßnahme sei somit wirkungslos selbst dann geblieben, wenn sie wirksam und zeitig vor derjenigen der Klägerin dem Beklagten zugestellt worden sein sollte. Sie habe einen Schuldner betroffen, dem die hier zur Entscheidung stehende Pfändungsforderung nicht zugestanden habe.

Dieser Auffassung des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden. Daß die oHG, die den Barbetrieb führte, Schuldnerin der genannten Steuern war, kann nicht bezweifelt werden. Darauf, daß der Gewerbebetrieb zur Zeit der Pfändung möglicherweise eingestellt gewesen ist und in Wahrheit nur noch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestand, kann die Klägerin sich nach §§ 5 und 6 HGB nicht berufen. Es ist bereits oben ausgeführt worden, daß alles für die Annahme spricht, die aus dem Mietvertrage (§ 555 BGB) fließende Forderung auf Erstattung der Mietvorauszahlung habe den Gesellschaftern W[REDACTED] und L[REDACTED] mindestens in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugestanden. Diese den Gesellschaftern zustehende Forderung hat die Stadt Köln pfänden wollen. Zwei Gläubiger derselben Schuldner hätten bei einer solchen Gestaltung mithin dieselbe Forderung gepfändet. Entscheidend dafür, wer ein Pfandrecht erworben hat, kann nur die Priorität sein. Das Ergebnis davon abhängig zu machen, welcher Gläubiger den Schuldner rechtlich zutreffender bezeichnet hat, kann nicht rechtens sein, weil

die Möglichkeit der rechtlichen Einordnung nicht im Bereich der Gläubiger liegt, sondern von den dem Gläubiger unbekannten, schwer feststellbaren Abmachungen zwischen den Gesellschaftern untereinander und zwischen den Gesellschaftern und dem Drittschuldner abhängt.

Das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, wird daher feststellen müssen, welche der beiden Pfändungen zuerst wirksam geworden ist, sofern es nicht aus anderen Gründen schon zur Abweisung der Klage kommt.

III. Begründet ist nämlich die Revision auch insoweit, als sie sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, dem Beklagten hätten Forderungen, mit denen er gegen den Erstattungsanspruch der Gesellschafter W [REDACTED] und L [REDACTED] aufrechnen könne, nicht zugestanden.

1. Das Berufungsgericht führt aus, die angeblichen Ersatzansprüche des Beklagten müßten schon daran scheitern, daß der Beklagte die Klägerin ermuntert habe, weitere Pfändungen in die hier fragliche Forderung auszubringen. Es handelt sich also dabei um den Teil der Gesamtforderung von 14 450 DM, der über den hier streitigen Betrag von 6 800 DM hinausgeht. Das Berufungsgericht bezieht sich hierfür auf die Bekundungen der Zeugen Sch [REDACTED] und Wi [REDACTED]. Sch [REDACTED] hat ausgesagt, der Beklagte habe ihm einmal gesagt, bei ihm hätten L [REDACTED] und W [REDACTED] eine Kautions von 10 000 DM liegen. Daraufhin habe die Klägerin die Pfändung erwirkt. In der Folgezeit habe er des öfteren mit dem Beklagten über Beitragsrückstände verhandelt. Bei diesen Gelegenheiten habe der Beklagte nie die Forderung aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß unter Hinweis auf irgend welche Gegenforderungen bestritten. Ende Oktober 1959 habe ihm der Beklagte, als er, der Zeuge, ihn darauf hingewiesen habe,

daß die Klägerin weitere Forderungen an L. [REDACTED] habe, erklärt, daß ja noch der von der Klägerin nicht gepfändete Rest der Kautions in Höhe von 10 000 DM da sei und die Klägerin hierin vollstrecken solle. Darauf habe die Klägerin einen weiteren Pfändungs- und Überweisungsbeschuß in Höhe von etwa 2 200 DM unter dem 2. November 1959 erwirkt. Bei dem Gespräch Ende Oktober 1959 habe er keine Gegenforderungen erwähnt und keine Einschränkungen dahin gemacht, daß die Klägerin nur insoweit pfänden könne, als er nicht seinerseits gegenüber W. [REDACTED] und L. [REDACTED] zur Aufrechnung berechtigt sei. Wi. [REDACTED] hat bekundet, der Beklagte habe niemals darauf hingewiesen, daß ihm angeblich Gegenforderungen gegen die Pächter zuständen. Er habe auch verschiedentlich anerkannt, daß die Forderung zu Recht bestehe und daß er zur Zahlung bereit sei. Bei einer Unterredung Ende Oktober 1959 habe der Beklagte die gepfändete Forderung ausdrücklich anerkannt und die Klägerin aufgefordert, zur Sicherung ihrer weiteren Ansprüche auch noch die restliche Forderung zu pfänden.

Das Landgericht hat in diesem Verhalten des Beklagten ein bestätigendes Anerkenntnis gesehen. Dem ist das Berufungsgericht nicht gefolgt. Es nimmt vielmehr an, der Beklagte handele, weil er den angeblichen Anspruch anerkennt und die Klägerin zu einer weiteren Pfändung ermuntert habe, grob treuwidrig und setze sich in seinem Vorgehen in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten. Er sei deshalb gehindert, seine Gegenrechte nunmehr zum Nachteil der Klägerin durchzusetzen.

Soweit die Revision geltend macht, es liege ein Anerkenntnis nicht vor, gehen ihre Ausführungen ins Leere. Das Berufungsgericht hält selbst ein Anerkenntnis nicht für gegeben. Die vom Berufungsgericht tatsächlich vertretene Auffassung über ein venire contra factum proprium hält

indessen der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nicht jede Geltendmachung von Rechten, die mit einem früheren Verhalten des Berechtigten in Widerspruch steht, ist schon für sich unzulässig. Ein Verstoß gegen Treu und Glauben, der allein die Rechtausübung als mißbräuchlich erscheinen läßt, liegt nur vor, wenn es dem Gegner unzumutbar ist, die Rechtausübung hinzunehmen, wenn also ein Eingriff in ein ausgeübtes Recht unumgänglich erscheint, um ein mit Treu und Glauben schlechthin unvereinbares Ergebnis zu vermeiden (Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 242 Anm. 28 ff, 141 f). Unzumutbar ist insbesondere die Ausübung eines Rechts dann, wenn der Gegner aus dem früheren Verhalten auf eine bestimmte Sach- und Rechtslage vertrauen konnte und sich darauf eingerichtet hat. Weshalb es für die Klägerin unzumutbar sein soll, hinzunehmen, daß ihre erste Pfändung ganz oder teilweise erfolglos ist, weil der Beklagte gegen die gepfändete Forderung Einwendungen erhebt, hat das Berufungsgericht nicht dargetan; es ist das auch nicht ohne weiteres erkennbar. Es ist nichts dafür vorgetragen, daß die Klägerin etwa mit Rücksicht auf das angebliche Anerkenntnis des Beklagten andere Befriedigungsmöglichkeiten habe vorbeigehen lassen oder mit Rücksicht auf das Verhalten des Beklagten irgend welche Vermögensverfügungen getroffen habe. Das Berufungsgericht hat auch nicht dargetan, welche Treuepflichten zwischen den Parteien bestehen sollen, die der Beklagte verletzt haben könnte. Wenn die Klägerin Sicherheit über das Bestehen der gepfändeten Forderung erlangen wollte, hätte sie nach § 840 ZPO den Beklagten zur Erklärung auffordern können. Selbst dann hätte der Beklagte aber ein Recht zur Aufrechnung nicht verloren und hätte seine Anerkennung widerrufen können (Baumbach/Lauterbach, ZPO 29. Aufl. § 840 Anm. 2 B). Das Verhalten des Beklagten könnte zwar

für den zweiten Pfändungsbeschuß vom 2. November 1959 von Bedeutung gewesen sein. Ob der Beklagte sich diesem gegenüber auf angebliche Ansprüche gegen W [REDACTED] und L [REDACTED] berufen könnte, bedarf hier aber keiner Entscheidung, weil der Klage nur die erste Pfändung vom 7. März 1959 zugrunde liegt.

2. Mindestens, soweit der Beklagte Pachtzinsausfall für die Zeit vom 1. August 1959 bis einschließlich März 1960 in Höhe von 3 800 DM geltend macht, bestehen auch rechtliche Bedenken gegen die Grundauffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte rechne mit Gegenforderungen auf. Der Anspruch auf Erstattung der Pachtzinsvorauszahlung beruht auf dem zur Zeit der Pfändung noch in Kraft gewesenen § 555 BGB. Dieser Anspruch ist kein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, sondern ein Vertragsanspruch (BGHZ 16, 31, 36). Überdies liegt die Annahme nahe, daß die Pachtzinsvorauszahlung eine Art Sicherheit dafür bilden sollte, daß die Pächter den Pachtzins entrichteten. Die Pachtzinsvorauszahlung hatte dann auch das Wesen einer Kautions. Wenn der Beklagte nunmehr Schadensersatz wegen Ausfall des Pachtzinses verlangt, so könnte sich bei der Abwicklung des gegenseitigen Schuldverhältnisses der Erstattungsanspruch der Pächter ohne weiteres um den Betrag vermindert haben, in Höhe dessen dem Beklagten durch Ausfall von Pachtzins Schaden erwachsen ist, ohne daß es einer Aufrechnung durch den Beklagten bedurfte. Dann hätte dem Vollstreckungsschuldner von vornherein nur ein Anspruch von (10 450 minus 3 800 =) 6 650 DM zugestanden. Die Frage der unzulässigen Rechtsausübung würde sich dann mindestens, soweit es sich um den Anspruch auf Schadensersatz wegen entgangenen Pachtzinses handelt, von vornherein nicht stellen.

3. Das Berufungsgericht meint allerdings hilfsweise, der Beklagte könne für die Zeit ab 1. August 1959 Schadensersatz wegen entgangenen Mietzinses nicht verlangen. Das frühere Pachtverhältnis sei durch fristlose Kündigung beendet gewesen. Da der Beklagte mit der Witwe L. einen neuen Pachtvertrag abgeschlossen habe, könne er Nutzungsentschädigung nur von der Witwe L. verlangen. Auch gegen diese Auffassung erheben sich rechtliche Bedenken. Daß eine fristlose Kündigung des Vermieters aus einem vom Mieter zu vertretenden Umstand einen Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen schuldhafter Verletzung von Vertragspflichten nicht ausschließt, entspricht ständiger Rechtsprechung (vgl. BGH Urt. v. 18. Dezember 1954 - VI ZR 177/53 = LM BGB § 249 Ha Nr. 6). Ob der Vermieter auch Schadensersatz verlangen kann, wenn er die Mietsache anderweitig vermietet und der neue Mieter den Mietzins nicht zahlt, ist eine Frage des ursächlichen Zusammenhangs. Es läßt sich nicht grundsätzlich sagen, daß zwischen dem weiteren Mietausfall und dem vertragswidrigen Verhalten des Mieters ein ursächlicher Zusammenhang nicht mehr bestehe. Ein Zusammenhang mag zu verneinen sein, wenn der Vermieter durch die Neuvermietung das alte Mietverhältnis als endgültig erledigt ansieht und der Mietausfall beim neuen Mieter auf Umständen beruht, die nur in dessen Person begründet sind. So liegt der Sachverhalt aber, wie die Revision zutreffend geltend macht, hier nicht. Die neue Pächterin war die Mutter des Gesellschafters L. Der Pachtvertrag war gekoppelt mit einem Kaufvertrag über das Inventar. Der Kaufpreis wurde durch Verrechnung mit der Forderung der bisherigen Pächter auf Erstattung der Pachtzinsvorauszahlung beglichen. Aus dem Schreiben der Stadt K. vom 3. November 1959 ergibt sich, daß die Witwe L. sich verpflichtet hatte, einen Teil der Steuerschulden ihres Sohnes in Höhe von 7 000 DM abzudecken. Nach alledem liegt auf der Hand, daß der Sinn des neuen

Pachtvertrages war, den alten Pachtvertrag wirtschaftlich fortzusetzen. Die Revision weist auch zutreffend darauf hin, daß der Beklagte möglicherweise verpflichtet war, den ihm infolge der fristlosen Kündigung erwachsenen Schaden niedrig zu halten. Im gleichzeitig abgeschlossenen Kaufvertrag war ausdrücklich vereinbart, Voraussetzungen für den Abschluß und die Gültigkeit dieses Vertrages und des Pachtvertrages sei, daß die Pächterin bestimmte Schulden der Vorpächter, u.a. gegenüber der Klägerin und der Stadt K■■■■, zahle. Ist so der neue Pachtvertrag von dem alten Pachtvertrage wirtschaftlich nicht zu trennen, so läßt sich nicht ausschließen, daß nach alsbaldigem Scheitern des zweiten Pachtvertrages der weitere Pachtzinsausfall im ursächlichen Zusammenhang mit der von den Gesellschaftern Weers und Lamberg begangenen Vertragsverletzung steht.

IV. Eines Eingehens auf die weiteren Verfahrensrügen, mit denen die Revision die Auffassung des Berufungsgerichts angreift, der Beklagte habe weitere Schäden, wegen deren er aufrechnen will, nicht nachgewiesen, bedarf es hiernach nicht. Dem Beklagten bleibt es überlassen, in der erneuten mündlichen Verhandlung das Vorbringen der Revision vorzutragen.

V. Es erschien angemessen, die Sache nach § 565 Abs.1 Satz 2 ZPO an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zu verweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision
wird dem Berufungsgericht übertragen, weil die Kosten-
last vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier