

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

26

BGB §§ 705, 421, 404

- a) Dem Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der Inhaber einer "Drittgläubigerforderung" ist, haften die Mitgesellschafter als Gesamtschuldner.
- b) Er darf aber einen Mitgesellschafter nur auf den seinen Verlustanteil übersteigenden Überschuß seiner Forderung in Anspruch nehmen.
- c) Diese Beschränkung des Anspruchs muß sich im Falle der Abtretung der Forderung auch der Zessionar, der nicht Mitgesellschafter ist, entgegenhalten lassen.

BGH, Urt. v. 1. Dezember 1982 - VIII ZR 206/81 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 206/81

URTEIL

Verkündet am

1. Dezember 1982
S c h n u r r,
Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Dr. Gerhard E[REDACTED], G[REDACTED]straße [REDACTED] in K[REDACTED],
2. des Dr. Wolfgang Gr[REDACTED], F[REDACTED]weg [REDACTED] in K[REDACTED],
3. des Dr. Hans M. Gru[REDACTED], A[REDACTED] Straße [REDACTED] in K[REDACTED],
4. des Dr. Erhardt St[REDACTED], Au[REDACTED]-M[REDACTED]-Straße [REDACTED] in K[REDACTED],
5. des Dr. Gerhardt Sch[REDACTED], Gl[REDACTED] Straße [REDACTED] in K[REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Revisionskläger
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Hans Adolf R[REDACTED], B[REDACTED] Straße [REDACTED] in K[REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 1982 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Merz, Dr. Skibbe, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Anschlußrevision des Klägers wird auf die Revision der Beklagten das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 10. April 1981 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagten, die Ärzte sind, gründeten im Jahre 1972 zusammen mit anderen Ärzten und dem Kläger unter der Bezeichnung RÖ- -Gesellschaft W- eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts. In § 1 des Gesellschaftsvertrages ist vereinbart, Zweck der Gesellschaft sei es, in den Kelleräumen des Hauses Bu- - Straße - in K-W- ein medizinisches Bad zu betreiben, die Gesellschaft könne sich außerdem an ähnlichen Unternehmungen beteiligen. Das Haus



war damals noch nicht fertiggestellt. Die für das Bad vorgesehenen Kellerräume standen im Sondereigentum des Klägers, der zugleich Miteigentümer des Hausgrundstücks war.

Mit Schreiben vom 28. November 1972 untersagte das staatliche Gewerbeaufsichtsamt K[REDACTED] dem Kläger, in den Kellerräumen ständige Arbeitsplätze zu errichten. Am 14. Dezember 1972 vermietete der Kläger der R[REDACTED]-Gesellschaft die Kellerräume zum Betrieb eines medizinischen Bades auf die Dauer von 20 Jahren gegen eine monatliche Miete von 8.120,-- DM zuzüglich Nebenkosten. Die Vertragsparteien vereinbarten eine Wertsicherungsklausel. Diese wurde von der zuständigen Landeszentralbank genehmigt. Mitte 1973 nahm die Gesellschaft das Bad in Betrieb. Im August 1973 schlossen die Gesellschaft und der Kläger einen Ergänzungsvertrag über ein Ladenlokal im Erdgeschoß des Hauses. Die Vertragsteile vereinbarten hierfür eine Miete von monatlich 350,-- DM. Die Gründe für diesen Vertragsschluß und die Umstände seines Zustandekommens sind unter den Parteien streitig.

Ab 1. Mai 1975 zahlte die Gesellschaft keine Miete mehr.

Mit Rechtsanwaltsschreiben an den Kläger vom 18. Juli 1975 erklärte die Gesellschaft, sie habe sich entschlossen, den Mietvertrag anzufechten, weil der Kläger das Verbot des staatlichen Gewerbeaufsichtsamtes K[REDACTED], in den Kellerräumen ständige Arbeitsplätze zu errichten, arglistig bis zum 15. Juli 1975 verschwiegen habe. Zugleich teilte sie dem Kläger mit, sie werde den Mietvertrag kündigen, wenn nicht bis zum 30. August 1975 die vorhandenen Mängel beseitigt

würden. In zwei Schreiben vom 30. August 1975 kündigte sie den Mietvertrag zum 30. September 1975. In dem einen der beiden Schreiben führte sie aus, die bereits ausgesprochene Anfechtung des Vertragsverhältnisses bleibe aufrechterhalten. Am 1. Oktober 1975 vermietete der Kläger die Kellerräume an den Bademeister Kü[REDACTED], der vorher das Rö[REDACTED] als Unterpächter betrieben hatte.

Mit der Klage hat der Kläger die Miete für Mai bis Dezember 1975 verlangt. Er hat Zahlung an die Erben des Ernst H[REDACTED] begehrt, dem er die geltend gemachten Forderungen abgetreten hatte. Die Beklagten haben eingewendet, aufgrund der von ihnen erklärten Anfechtung sei der Mietvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen. Jedenfalls sei er aufgrund der Kündigung zum 30. September 1975 beendet worden. Die Kündigung sei nach den §§ 542, 554 a BGB gerechtfertigt. Auf alle Fälle sei die Verpflichtung zur Mietzinszahlung mit der Weitervermietung an den Bademeister Kü[REDACTED] entfallen. Sollte der Kläger überhaupt noch Mietzins fordern können, müsse er sich seinen Verlustanteil als Mitgesellschafter anrechnen lassen. Hilfsweise haben die Beklagten die Aufrechnung mit einer Forderung von 500.000,-- DM erklärt, deren sie sich mit der Begründung berühmen, in dieser Höhe Ersatz für ihre Aufwendungen zur Einrichtung des Bades verlangen zu können.

Auf Antrag der Parteien hat das Landgericht zunächst nur über den Mietzinsanspruch für November 1975 entschieden. Es hat den Kläger durch Teilurteil vom 10. Mai 1978 mit dieser Forderung abgewiesen. Das Landgericht hat angenommen, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung sei gerechtfertigt, weil der Kläger der Rö[REDACTED]-Gesellschaft arglistig das

Verbot verschwiegen habe, in den Kellerräumen ständige Arbeitsplätze zu errichten. Seinen Einwand, die Anfechtungsfrist (§ 124 BGB) sei nicht gewahrt, habe der Kläger, der hierfür die Beweislast trage, nicht bewiesen. Eine Bereicherung der Beklagten könne nicht festgestellt werden. Das Berufungsgericht hat mit Urteil vom 29. Mai 1979 die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Durch Schlußurteil vom 5. Dezember 1979 hat das Landgericht den Kläger auch mit seinen weiteren Mietzinsforderungen abgewiesen. Im Berufungsverfahren haben die Beklagten Widerklage erhoben. Nach dem Wortlaut des Widerklageantrages haben sie die Feststellung begehrt, daß dem Kläger gegen sie auch über die im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Beträge hinaus keine weiteren Ansprüche aus dem Mietverhältnis zustehen. Das Berufungsgericht hat den Kläger mit einer Forderung von 3.608,08 DM abgewiesen und die Beklagten unter Abweisung des weitergehenden Zinsanspruches des Klägers als Gesamtschuldner verurteilt, an die Erben des Werner Ha[REDACTED] 62.593,92 DM und 4 % Zinsen seit Fälligkeit der Mietzinsforderungen zu zahlen. Die Widerklage hat es abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger begehrt, beantragen die Beklagten, die Klage in vollem Umfang abzuweisen und der Widerklage stattzugeben. Der Kläger erstrebt mit der Anschlußrevision, um deren Zurückweisung die Beklagten bitten, die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung weiterer 3.608,08 DM.

Entscheidungsgründe

Die Anschlußrevision ist unbegründet. Die Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung.

I. Zur Revision:

1. a) Der Kläger behauptet, bei den Besprechungen, die zum Abschluß des Vertrages über das Ladenlokal geführt hätten, habe er vertretungsberechtigte Gesellschafter der Römerbad-Gesellschaft auf das mit dem Schreiben des staatlichen Gewerbeaufsichtsamtes K[REDACTED] vom 28. November 1972 ausgesprochene Verbot hingewiesen, ständige Arbeitsplätze im Keller zu errichten. Die Beklagten behaupten, von diesem Verbot erst Anfang Juli 1975 erfahren zu haben. Das Landgericht hat zu dem Vorbringen des Klägers durch den Berichterstatter als beauftragten Richter im Wege der Beweissicherung den Zeugen H[REDACTED] vernommen, der zunächst Leiter des Betriebes und später Pächter des Rö[REDACTED] war.

Es hat angenommen, aus der Aussage des Zeugen könne nicht entnommen werden, vertretungsberechtigte Gesellschafter der Rö[REDACTED]-Gesellschaft hätten von dem Verbot der Errichtung ständiger Arbeitsplätze im Keller erfahren. Der Zeuge habe die Veranlassung der Anmietung des Raumes im Erdgeschoß mehrfach mit eigenen Worten dahingehend geschildert, daß ein Aufenthalts- und Umkleideraum oberirdisch eingerichtet werden sollte. Auch auf wiederholten Vorhalt des Klägers, ob das Verbot die Errichtung ständiger Arbeitsplätze betroffen habe, habe der Zeuge lediglich bekundet, der Raum oben habe geschaffen werden müssen, weil das Personal nicht ständig habe unten sein dürfen. Angesichts dieser Bekundung bestünden

erhebliche Zweifel, ob der Kläger die Gesellschafter vollständig und richtig aufgeklärt habe. Wenn - wie die Beklagten behaupteten und nach der Aussage des Zeugen Hau nicht auszuschließen sei - lediglich besprochen worden sei, daß oberirdisch ein Aufenthaltsraum geschaffen werden müsse, so sei damit der - möglicherweise den Vertragszweck gefährdende - Gesichtspunkt des Verbotes der Errichtung ständiger Arbeitsplätze im Keller noch nicht klargelegt worden.

Das Berufungsgericht hat demgegenüber aufgrund der Aussage des Zeugen H. angenommen, bei den Mitte 1973 durchgeführten Besprechungen hätten vertretungsberechtigte Gesellschafter der RÖ-Gesellschaft von dem mit dem Schreiben des staatlichen Gewerbeaufsichtsamtes K. vom 28. November 1972 ausgesprochenen Verbot der Errichtung ständiger Arbeitsplätze im Keller erfahren. Der Zeuge habe einerseits als Grund für die Anmietung angeführt, es hätten Umkleideräume mit Tageslicht geschaffen werden müssen. Damit habe er laienhaft die Auflage der Bauaufsichtsbehörde in Nr. 24 der Nachtragsbaugenehmigung ausgedrückt, die Aufenthaltsräume seien "oberirdisch" zu verlegen. Andererseits habe er zur Erforderlichkeit des oberirdisch gelegenen Aufenthaltsraumes angeführt, das Personal habe nicht ständig unten sein dürfen; dieser Raum habe geschaffen werden müssen, weil seines Wissens nach dem Gesetz keine ständigen Arbeitsplätze im Keller eingerichtet werden dürften. Damit sehe der Zeuge als maßgeblich die Auflage in Nr. 26 der Nachtragsbaugenehmigung an, im Keller keine ständigen Arbeitsplätze zu errichten. Hierin liege kein Widerspruch, der die Glaubhaftigkeit der Aussage in Frage stelle. Der Zeuge habe vielmehr aus seiner laienhaften Sicht beide Gesichtspunkte, über die mit Vertretern der RÖ-Gesellschaft gesprochen worden sei, als maßgeblich angesehen. Dies sei angesichts

des gemeinsamen Schutzzwecks beider Auflagen, Arbeitnehmer unter bauordnungs- und gewerbeaufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten vor Gefahren zu schützen, die sich aus der Arbeit in einem Kellergeschoß ergeben könnten, verständlich und nachvollziehbar. Eine erneute Vernehmung des Zeugen sei nicht erforderlich. Das Berufungsgericht meint, es habe lediglich den objektiven Aussagegehalt der Zeugenaussage anders als die Vorinstanz gewürdigt.

b) Der Kläger hat den Mitgesellschafter Dr. Rau [REDACTED] gegenbeweislich als Zeugen dafür benannt, daß die Beklagten von dem Verbot des Gewerbeaufsichtsamtes, im Keller ständige Arbeitsplätze einzurichten, keine Kenntnis gehabt hätten. Das Berufungsgericht hat Dr. Rau [REDACTED] nicht als Zeugen vernommen.

c) Das Berufungsgericht hat es auch abgelehnt, dem von den Beklagten in einem nach der letzten mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz gestellten Antrag, nochmals in die mündliche Verhandlung einzutreten, stattzugeben. In diesem Schriftsatz haben die Beklagten über die Anträge auf wiederholte Vernehmung des Zeugen H [REDACTED] und auf Vernehmung des Zeugen Dr. Rau [REDACTED] hinaus Zeugenbeweis dafür angetreten, daß sie nicht bereits im August 1973, sondern erst Anfang Juli 1975 von dem Verbot erfahren hätten, ständige Arbeitsplätze im Keller einzurichten.

2. a) Mit Recht beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht den Zeugen Dr. Rau [REDACTED] nicht vernommen hat. Der Zusammenhang der Ausführungen der Beklagten in dem Schriftsatz vom 24. April 1979 ergibt, daß sie in das Wissen des Dr. Rau [REDACTED] die Richtigkeit ihrer Behauptung stellen, länger als ein Jahr vor Erklärung der Anfechtung habe kein Mitglied der RÖ [REDACTED]-Gesellschaft von dem Verbot des Gewerbeaufsichtsamtes Kenntnis erlangt, Arbeitsplätze

im Keller einzurichten. Da das Berufungsgericht aus der Aussage des Zeugen H. das Gegenteil entnahm, hätte es deshalb Dr. Rau als Zeugen hören müssen.

b) Ob es gerechtfertigt war, daß das Berufungsgericht die wiederholte Vernehmung des Zeugen H. ablehnte, ist zumindest zweifelhaft. Es hat die Aussage des Zeugen anders verstanden als das Landgericht. Das durfte es jedenfalls dann nicht ohne wiederholte Vernehmung des Zeugen, wenn dessen Aussage so, wie sie sich aus dem Protokoll ergibt, widersprüchlich oder doppeldeutig ist (Senatsurteil vom 13. März 1968 - VIII ZR 217/65 = LM ZPO § 398 Nr. 6 = NJW 1968, 1138; BGH Urteil vom 14. Oktober 1981 - IV a ZR 152/80 = LM ZPO § 398 Nr. 13 = NJW 1982, 1052 = WM 1982, 16). Es spricht viel dafür, daß ein solcher Fall hier vorliegt.

Bedenklich ist auch, daß das Berufungsgericht es ablehnte, die mündliche Verhandlung wieder aufzunehmen.

Neues Vorbringen, das in einem nach der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz enthalten ist, erfordert die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, wenn sich aus ihm ergibt, daß die bisherige Verhandlung lückenhaft und eine angemessene Ausübung des Fragerechts (§ 139 ZPO) unterblieben war (BGHZ 30, 60, 65 und 53, 245, 262; Senatsurteil vom 19. November 1959 - VIII ZR 115/58 = LM ZPO § 156 Nr. 1 a; BGH Urteil vom 17. November 1978 - V ZR 16/77 = WM 1979, 588; RGZ 102, 262, 266 m.w.N.). Hier liegt es nahe, daß das Berufungsgericht seiner Aufklärungspflicht nicht hinreichend nachgekommen ist. Der Kläger als Anfechtungsgegner hat die Beweislast dafür, daß die Beklagten die Anfechtungsfrist nach § 124 BGB versäumt haben

(Palandt/Heinrichs, BGB, 41. Aufl. § 124 Anm. 3). In den drei in dieser Sache vor der angefochtenen Entscheidung erlassenen Urteilen war angenommen worden, der Kläger sei beweisfällig für seinen Einwand geblieben, weil die Aussage des Zeugen Hau zum Nachweis der Fristversäumung nicht ausreiche. Zwar war das Berufungsgericht nicht gehalten, die Gründe für eine hiervon abweichende Beurteilung den Beklagten mitzuteilen. Es mußte diese aber darauf hinweisen, daß es möglicherweise die Anfechtungsfrist als versäumt ansehen werde, weil es die Aussage des Zeugen H. nunmehr anders verstehe und würdige als im früheren Berufungsurteil und als das Landgericht. Das hat es bis zur letzten mündlichen Verhandlung nicht getan. Mit dem Hinweis in dem Beschluß vom 19. September 1980, es beurteile die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung anders als früher und halte sie nicht für gegeben, ist es seiner Aufklärungspflicht nicht nachgekommen. Die Beklagten durften diesen Hinweis dahin verstehen, daß das Berufungsgericht nunmehr das Vorliegen einer arglistigen Täuschung verneinte. Tatsächlich haben sie ihn so verstanden, wie sich aus ihrem Schriftsatz vom 19. Dezember 1980 ergibt. Dann aber spricht viel dafür, daß die vom Berufungsgericht in der letzten mündlichen Verhandlung vorgenommene Aufklärung, es könne dahingestellt bleiben, ob der Kläger die Beklagten arglistig getäuscht habe, weil der Beweis für die Versäumung der Anfechtungsfrist aufgrund der Aussage des Zeugen H. nunmehr als geführt anzusehen sei, zu spät war.

Die Fragen, ob die wiederholte Vernehmung des Zeugen H. geboten war und ob das Berufungsgericht die mündliche Verhandlung wieder aufnehmen mußte, bedurften indessen keiner abschließenden Entscheidung. Denn die Revision führt

bereits deswegen zur Zurückverweisung, weil das Berufungsgericht dem Antrag auf Vernehmung des Dr. Rau [REDACTED] als Zeugen nicht stattgegeben hat.

II. Zur Anschlußrevision:

1. Das Berufungsgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, dem Kläger aber statt der mit dem Klageantrag verlangten 66.202,-- DM nur 62.593,92 DM zugesprochen. Es hat angenommen, der Mietzins habe für den hier in Betracht kommenden Zeitraum 65.202,-- DM betragen, nämlich für Mai bis August 1975 monatlich 8.862,-- DM und für die Monate September, Oktober und Dezember 1975 monatlich 9.918,-- DM. Von dem Mietzins von 65.202,-- DM hat es 2.608,08 DM abgesetzt mit der Begründung, diesen Betrag habe sich der Kläger als auf ihn entfallenden 1/25-Verlustanteil der Rö [REDACTED]-Gesellschaft anrechnen zu lassen, weil er Mitglied dieser Gesellschaft sei, die aus 25 Personen bestehe.

2. Ohne Erfolg wendet sich die Anschlußrevision dagegen, daß das Berufungsgericht dem Kläger 3.608,08 DM weniger als beantragt zugesprochen hat.

a) Die Anschlußrevision rügt die Verletzung des § 551 Nr. 7 ZPO mit der Begründung, das Berufungsgericht habe hinsichtlich des Teilbetrages von 1.000,-- DM jegliche Begründung unterlassen.

Diese Rüge ist ungerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat deswegen den Betrag von 65.202,-- DM und nicht den mit dem Klageantrag verlangten Betrag von 66.202,-- DM zugrundegelegt, weil der Kläger 1.000,-- DM zuviel verlangt hat. Das ist auf eine falsche Berechnung der Klagesumme durch den Kläger zurückzuführen. Mit der Klage hatte er 55.284,-- DM geltend gemacht. Die Erhöhung auf 66.202,-- DM hat er mit der Begründung vorgenommen, zur bisherigen Klagesumme komme noch die Miete für November 1975 dazu, die 9.918,-- DM betrage. Nach Abweisung der Forderung für die Novembermiete machte der Kläger den Betrag von 9.918,-- DM als Miete für Dezember geltend. Die Zusammenrechnung von 55.284,-- DM und 9.918,-- DM ergibt aber 65.202,-- DM und nicht den geltend gemachten Betrag von 66.202,-- DM. Das ist so offensichtlich, daß das Berufungsgericht darauf nicht ausdrücklich eingehen mußte. Die notwendige Begründung ergibt sich daraus, daß es ausführte, daß und warum es als von der Gesellschaft geschuldete Miete 65.202,-- DM zugrundelegte.

b) Die Anschlußrevision hält es für ungerechtfertigt, daß das Berufungsgericht den Kläger mit der Forderung von 2.608,08 DM abgewiesen hat. Sie meint, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten in erster Instanz, der Kläger sei noch Mitglied der Rö[REDACTED]-Gesellschaft, berücksichtigt, obwohl es im zweiten Berufungsverfahren nicht wirksam zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sei. Weiter rügt sie Verletzung der Aufklärungspflicht mit der Begründung, der Kläger habe den Gesichtspunkt seiner Eigenschaft als Mitgesellschafter übersehen, was das Berufungsgericht habe erkennen und weshalb es den Kläger nach § 278 Abs. 3 ZPO darauf hinweisen müssen, daß ihm sein Verlustanteil als Mitgesellschafter anzurechnen sei. Hätte das Berufungsgericht einen solchen Hinweis gemacht, hätte der Kläger vorgetragen, daß er nicht mehr Mitgesellschafter sei. Auch diese Rügen der Anschlußrevision sind unbegründet.

aa) Die Beklagten haben in den Tatsacheninstanzen weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten erklärt, sie erhielten ihr Vorbringen in der Klageerwiderung, der Kläger sei Mitglied der RÖ[REDACTED]-Gesellschaft, nicht mehr aufrecht. Sie haben es vielmehr in der Berufungserwiderung im ersten Berufungsverfahren ausdrücklich wiederholt. Dem hat der Kläger dadurch Rechnung getragen, daß er im ersten Berufungsverfahren einen Hilfsantrag stellte, in dem sein eigener Verlustanteil als Mitgesellschafter berücksichtigt war. Wenn dann die Beklagten im zweiten Berufungsverfahren nicht mehr ausdrücklich auf ihr früheres Vorbringen zurückkamen, so bedeutete das nicht, daß sie es nicht mehr aufrechterhielten.

bb) Falls der Kläger es übersehen haben sollte, das Vorbringen der Beklagten, er sei noch Mitgesellschafter, zu bestreiten, so geht das zu seinen Lasten. Der von ihm im ersten Berufungsverfahren gestellte Hilfsantrag (vgl. oben zu aa) war nur sinnvoll, wenn er noch Mitgesellschafter war. Das Berufungsgericht mußte deshalb annehmen, der Kläger wolle nicht bestreiten, noch Mitgesellschafter zu sein. Es hat daher weder seine Hinweispflicht nach § 278 Abs. 3 ZPO noch seine Aufklärungspflicht nach § 139 Abs. 1 ZPO verletzt, wenn es den Kläger nicht befragte, ob er das Vorbringen der Beklagten bestreiten wolle.

Danach kann dahingestellt bleiben, ob der Vortrag der Anschlußrevision, mit dem das Ausscheiden des Klägers aus der Gesellschaft dargetan werden soll, überhaupt schlüssig ist.

c) Die Überprüfung des Berufungsurteils auf die Anschlußrevision in materiell-rechtlicher Hinsicht ergibt, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts, der Kläger habe sich als Mitgesellschafter der RÖ[REDACTED]-Gesellschaft seinen Verlustanteil anrechnen zu lassen, nicht zu beanstanden ist.

Der Gläubiger, der zugleich Gesellschafter ist (sogenannter Gesellschafter-Gläubiger), kann aus einem vom Gesellschaftsverhältnis verschiedenen Rechtsverhältnis seine Forderung sowohl der Gesellschaft als auch einzelnen Gesellschaftern gegenüber geltend machen. Die einzelnen Gesellschafter haften ihm nach § 427 BGB als Gesamtschuldner.

Diese Auffassung hat bereits das Reichsgericht vertreten (RGZ 85, 157; 153, 105 für die offene Handelsgesellschaft). Das Schrifttum ist überwiegend dieser Ansicht gefolgt (von Gamm in BGB-RGRK 12. Aufl. § 705 Rdn. 26; Soergel/Schultze - v. Lasaulx, BGB, 10. Aufl. § 705 Rdn. 65, Ermann/Schulze-Wenck, BGB, 7. Aufl. § 705 Rdn. 28, Ulmer in MünchKomm § 705 Rdn. 145; Staudinger/Keßler, BGB, 12. Aufl. § 705 Rdn. 83; a.A. Palandt/Thomas, BGB, 41. Aufl. § 718 Anm. 4 b bb; Prediger BB 1971, 245). Der Bundesgerichtshof hat für die Kommanditgesellschaft entschieden, daß der Gesellschafter, der Inhaber einer "Drittgläubigerforderung" sei, seinen Anspruch grundsätzlich auch gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter geltend machen könne (Urteil vom 10. November 1969 - II ZR 40/67 = WM 1970, 280). Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gilt nichts anderes.

Der Gesellschafter-Gläubiger, der seine Mitgesellschafter in Anspruch nimmt, muß sich aber seinen eigenen Verlustanteil anrechnen lassen. Auch diese Auffassung hat bereits das Reichsgericht vertreten (RGZ 85, 157, 163; 153, 305, 311). Das Schrifttum ist inzwischen einhellig derselben Ansicht (vgl. die Nachweise bei Prediger BB 1971, 245 und Walter JuS 1982, 82, 86). Der Bundesgerichtshof ist ihr nicht entgegengetreten (BGH Urteil vom 10. November 1969, aaO). Sie ist deswegen gerechtfertigt, weil der in Anspruch genommene Gesellschafter unter Umständen wieder Ausgleichung von dem Gesellschafter-Gläubiger verlangen könnte und dieser

deshalb dann, wenn er seinen eigenen Verlustanteil nicht berücksichtigt, etwas fordert, was er aufgrund seines Beteiligungsverhältnisses möglicherweise zurückgeben müßte. Der Forderung des Teils, der seinem Verlustanteil entspricht, steht deshalb wegen der Möglichkeit einer Rückforderung die Einrede der Arglist entgegen.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, diese sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebende Beschränkung müßten sich die Erben des Zessionars H. [REDACTED] entgegenhalten lassen, ist nicht zu beanstanden. Die Ansicht von Hueck (Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., S. 330), mit der Abtretung der Forderung des Gesellschafter-Gläubigers falle die Beschränkung, die Forderung nur abzüglich des Verlustanteils geltend machen zu können, weg, teilt der erkennende Senat nicht. Der Anspruch ist in der Person des Gesellschafter-Gläubigers bereits mit dem Abschluß des ihn begründenden Vertrages mit der Einschränkung entstanden, daß der Gläubiger ihn gegen die Mitgesellschafter nur unter Berücksichtigung seines Verlustanteiles geltend machen kann. Es ist nicht möglich, die Rechtsstellung des Schuldners durch Abtretung der Forderung zu verschlechtern. Der in Anspruch genommene Mitgesellschafter kann deshalb nach § 404 BGB auch dem Zessionar gegenüber einwenden, zur Begleichung der Forderung nur unter Berücksichtigung des Verlustanteiles des Gesellschafter-Gläubigers verpflichtet zu sein (vgl. RGZ 85, 157, 159; Fischer Großkomm HGB, 3. Aufl., § 128 Anm. 44).

III. Die Anschlußrevision mußte demnach zurückgewiesen werden. Das Berufungsurteil konnte aber, soweit das Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten entschieden hat, nach den Ausführungen zu I mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung keinen Bestand haben. Auch aus anderen Gründen kann es nicht aufrechterhalten werden (§ 563 ZPO).

Es mußte daher im Kostenausspruch und insoweit, als darin zum Nachteil der Beklagten erkannt ist, aufgehoben werden. Die Sache war im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden hat.

IV. Das Berufungsgericht wird folgendes zu berücksichtigen haben:

1. Seine Auffassung, die Kenntnis eines vertretungsberechtigten Gesellschafters genüge, um die Anfechtungsfrist in Lauf zu setzen, ist entgegen der Meinung der Revision nicht zu beanstanden (vgl. BGHZ 20, 149, 153; 41, 282, 287).

2. Sollte es auf die Berechtigung der Kündigung noch ankommen, wird das Berufungsgericht folgendes beachten müssen:

Seine Auffassung, § 554 a BGB sei gegenüber § 542 BGB subsidiär, entspricht nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, von der abzuweichen kein Anlaß besteht (vgl. Senatsurteil vom 21. Dezember 1977 - VIII ZR 119/76 = LM BGB § 535 Nr. 62 = WM 1978, 271 m.w.N.). § 554 a BGB verdrängt jedenfalls bei der Miete von Gewerberaum überdies die Kündigung aus wichtigem Grund, die auch bei schuldlosen Pflichtverletzungen nach § 242 BGB möglich ist, nicht (vgl. Senatsurteil vom 21. Dezember 1977, aaO).

Bei der Entscheidung, ob die Kündigung gerechtfertigt ist, muß, wenn nicht schon einzelne Gründe für sich allein die Kündigung rechtfertigen, eine Gesamtabwägung aller Kündigungsgründe vorgenommen werden. Die Gesamtwürdigung ist im einzelnen darzulegen. Die Feststellung alleine, es sei eine solche vorgenommen worden, genügt nicht. Die Meinung

des Berufungsgerichts, die Beklagten könnten aus dem Verbot der Errichtung ständiger Arbeitsplätze im Keller keinen Kündigungsgrund herleiten, wenn sie hierdurch im Gebrauch der Mietsache nicht beeinträchtigt worden seien, ist nicht zu beanstanden (vgl. das Senatsurteil vom 25. Januar 1982 - VIII ZR 310/80 = NJW 1982, 874 = WM 1982, 335 unter 4 c der Entscheidungsgründe). Es wird jedoch über die von der Revision gegen seine Feststellung über das Fehlen einer Beeinträchtigung erhobenen Angriffe zu entscheiden haben.

3. Sollte der Mietvertrag auch nicht durch Kündigung beendet worden sein, ist für die mit der Klage geltend gemachten Mietzinsansprüche die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, die Vorschrift des § 552 Satz 3 BGB sei nicht anzuwenden, nach der der Mieter zur Entrichtung des Mietzinses nicht verpflichtet ist, solange der Vermieter infolge der Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten außerstande ist, dem Mieter den Gebrauch der Sache zu gewähren. Auch im vorliegenden Fall ist ebenso wie in dem Verfahren VIII ZR 161/80 (Senatsurteil vom 16. September 1981 = WM 1981, 1224) kein Anlaß dafür gegeben, grundsätzlich zu der in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstrittenen Frage Stellung zu nehmen, ob dem Anspruch des Vermieters auf Ersatz des Mietzinsausfalls die Vorschrift des § 552 Satz 3 BGB entgegensteht, wenn er die Mietsache anderweitig vermietet. Denn das Berufungsgericht hat rechtirrtumsfrei festgestellt, daß bis Anfang Januar 1976 zwischen den Parteien des Mietvertrages Verhandlungen u.a. mit dem Ziel geführt wurden, zum Zwecke der Schadensminderung eine Einigung über die Nutzung des Bades durch den Bademeister Kü■■ herbeizuführen. Rechtlich bedenkenfrei hat das Berufungsgericht angenommen, die Beklagten verstießen im

Hinblick auf die Vergleichsverhandlungen gegen Treu und Glauben, wenn sie sich auf § 552 Satz 3 BGB beriefen. Das Berufungsgericht muß aber beachten, daß der Vermieter, der die Mietsache anderweitig vermietet, sich nach § 552 Satz 2 BGB den Vorteil und damit den Mietzins anrechnen lassen muß, den er aus der anderweitigen Vermietung erzielt. Daß der Bademeister Kü... nicht verpflichtet gewesen sei, Miete zu zahlen, und auch tatsächlich keinen Mietzins entrichtet habe, wie der Kläger vorgetragen hat, hat das Berufungsgericht - jedenfalls bisher - nicht festgestellt. Die Frage, ob die Vorschrift des § 552 Satz 3 BGB auch für Mietzinsansprüche des Klägers ab Februar 1976 Bedeutung hat, braucht nicht entschieden zu werden, weil mit der Klage Miete nur bis Dezember 1975 geltend gemacht wird und die Widerklage nach ihrer Begründung entgegen dem Wortlaut des Widerklageantrages eine Zwischenfeststellungswiderklage nach § 256 Abs. 2 ZPO ist, mit der nicht die Feststellung des Nichtbestehens von Mietzinsansprüchen, sondern die Feststellung begehrt wird, daß der Mietvertrag infolge der Anfechtung oder der Kündigung unwirksam ist.

Der Meinung der Revision, die Beklagten hafteten dem Kläger jedenfalls nur entsprechend dem Verlustanteil, der auf sie im Falle der Auseinandersetzung der Gesellschaft entfallen würde ("pro rata"), kann nicht zugestimmt werden.

Wie zu II 2 c dargelegt ist, sind die Beklagten, wenn die Mietzinsforderungen des Klägers berechtigt sind, diesem als Gesamtschuldner verpflichtet. Nach § 421 BGB bedeutet das, daß der Kläger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zum Teil fordern kann. Die von der Revision für ihre Auffassung angeführte Entscheidung BGHZ 37, 299 ist nicht einschlägig, weil sie einen Ausgleichsanspruch nach § 110 HGB, also keine sogenannte Drittgläubigerforderung, zum Gegenstand hat.

Braxmaier

Merz

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte