

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 705, 812, 818 Abs. 3, 427

Für Bereicherungsansprüche, die durch rechtsgrundlose Leistungen des Gläubigers an eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft entstanden sind, haften die Gesellschafter - jedenfalls nach Auflösung der Gesellschaft und Verteilung des Gesellschaftsvermögens - nicht nur dann als Gesamtschuldner grundsätzlich auf den vollen Betrag, wenn die Leistungen im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis erbracht worden sind, sondern auch dann, wenn ein Vertragsverhältnis zwar fehlt, der Gläubiger die Leistung aber in der Erwartung erbringt, es werde ein wirksamer Vertrag später zustande kommen (Fortführung von BGHZ 61, 338).

BGH, Urt. v. 16. März 1983 - VIII ZR 346/81 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 346/81

URTEIL

Verkündet am
16. März 1983
Schnurr,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B [REDACTED] GmbH & Co. KG, gesetzlich vertreten durch die
H [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer
Heinz H [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED] in D [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Hans P [REDACTED], Po [REDACTED]straße [REDACTED] in W [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 1983 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Merz, Dr. Brunotte, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 20. November 1981 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 156.650,74 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Von den Kosten der Revisionsinstanz hat die Klägerin 3/11 zu tragen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die weiteren Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand

Die Klägerin betreibt einen Filmverleih. Der Beklagte war seit 1958 als Inhaber der Firma "i[REDACTED] Film-Bühne- Varieté, bambi Filmtheater" im Handelsregister eingetragen. Er betrieb jedenfalls bis Ende 1974 auf einem Grundstück, an dem ihm ein Erbbaurecht zustand, das Filmtheater "S[REDACTED]" in W[REDACTED]. Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Mietzins für Filme, die sie ihm zur Vorführung geliefert haben will.

Im Herbst 1974 geriet der Beklagte in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Er verhandelte mit dem Zeugen R[REDACTED] über eine Sanierung seines Unternehmens. Unter dem 31. Oktober 1974 stellte er dem Zeugen die folgende Vollmacht aus:

"Ich ... bevollmächtigte hiermit, den Filmkaufmann Heinz R[REDACTED], mit der Wahrnehmung meiner Geschäfte der von mir in der Stadt W[REDACTED] betriebenen Filmtheater ... und S[REDACTED].

Herr Heinz R[REDACTED] ist bevollmächtigt, alle mit den Filmtheatern zusammenhängenden Geschäfte zu tätigen und Herrn P[REDACTED] rechtsverbindlich zu vertreten."

Am 2. November 1974 schlossen der Beklagte und R[REDACTED] einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung der "I[REDACTED]-Filmtheater F[REDACTED] GmbH" (im folgenden: GmbH). Gegenstand der GmbH sollten der Betrieb von Filmtheatern sowie Grundstücksverwaltungen und An- und Verpachtungen sein. Der Beklagte und R[REDACTED],

der alleiniger Geschäftsführer sein sollte, wurden Gesellschafter. Nach dem Vertrag (§ 4) war die Gründung einer "I [REDACTED] Forum GmbH & Co. KG" (im folgenden: GmbH & Co. KG) vorgesehen, die aber nicht im Handelsregister eingetragen worden ist. Die GmbH wurde am 28. Januar 1975 eingetragen und am 17. August 1978 wieder gelöscht.

Die Klägerin schloß am 3. Februar 1975 mit der GmbH & Co. KG als Vermieterin einen - von dem Beklagten für die GmbH & Co. KG "i.A." unterzeichneten - "Untermietvertrag". Darin heißt es u.a.:

"Vermieter betreibt in Wolfsburg ... aufgrund eines Miet- bzw. Pachtvertrages mit dem Grundstückseigentümer das Filmtheater "S [REDACTED]".

Vorbehaltlich der Zustimmung des Grundstückseigentümers untervermietet hiermit der Vermieter das "S [REDACTED]"-Filmtheater an den Untermieter in dem Umfang, in dem er selbst das Theater zu diesem Zeitpunkt benutzt und in dem Zustand, in dem es sich zu diesem Zeitpunkt befindet."

Die Gebühren und Abgaben sollten von dem Untermieter getragen werden.

Der Beklagte verwaltete in der Folgezeit das Kino und nahm die Einnahmen in Empfang. Über die Abrechnung gerieten die Parteien schon bald in Streit. Mit einem an die GmbH & Co. KG gerichteten Schreiben vom 27. März 1975 kündigte die Klägerin den Mietvertrag fristlos. Sie stellte die Zahlungen aus

dem Untermietvertrag ein. Der Beklagte führte - außer zwei im März 1975 geleisteten Zahlungen - keine Einnahmen mehr an die Klägerin ab. Dennoch stellte die Klägerin zunächst weitere Filme für das Filmtheater "S[REDACTED]" zur Verfügung.

Der Zeuge Riech führte dann Verhandlungen mit der Klägerin über eine Neuregelung der vertraglichen Beziehungen. In einer schriftlichen Vereinbarung heißt es unter dem Datum des 30. März 1976:

"V e r e i n b a r u n g :

zwischen

1. Firma I[REDACTED]-Filmtheater-F[REDACTED] GmbH & Co. KG ...

-im nachfolgenden Vermieter genannt-

2. Herrn Hans P[REDACTED] ...

-im nachfolgenden Kunde genannt-

beide Vorstehenden vertreten durch den bevollmächtigten Filmkaufmann Heinz R[REDACTED] ...

u n d

Bauer Kommanditgesellschaft ...

-im nachfolgenden Verleiher genannt-

Der zwischen Vermieter und Verleiher bestehende Miet-resp. Pachtvertrag (genannt: Untermietvertrag) vom 03.02.1975 ist gegenstandslos. Das Filmtheater gilt - auch für rückwirkende Zeiträume ab Vertragsabschluß - als von der Vermieterin bzw. dem Kunden selbst betrieben. Eine Abrechnung irgendwelcher Einnahmen gegenüber Verleiher erfolgt nicht. Aus dem Vertragsverhältnis bestehen keinerlei gegenseitige Ansprüche mehr, mit Ausnahme der nachstehend neu konstituierten:

I.

Auf eine Inventarisierung von Verleiher eingebrachter Warenbestände etc. (insbesondere Schnapsfläschchen) wird verzichtet. Zum Ausgleich aller daraus resultierenden Ansprüche erhält Verleiher vom Kunden einen Betrag in Höhe von DM 9.000,--, der unverzüglich beglichen wird.

II.

Zwischen Kunde und Verleiher wird ein Verleihvertrag dahingehend vereinbart, daß Verleiher den Kunden zum Betriebe seines resp. des Filmtheaters seiner Gesellschaft mit sog. Hard-Core-Filmen seit dem 15.02.1975 belieferte und künftighin bis auf weiteres beliefert. Verleiher erhält für die bereits erfolgten und die künftigen Filmlieferungen eine Filmmiete von DM 1,97 pro Besucher; jedoch ausgehend davon, daß die Zahlung der Filmmiete jeweils spätestens innerhalb von sechs Monaten nach Ende einer jeweiligen Spielwoche bei Verleiher eingegangen sein muß; und zwar ohne besondere Aufforderung oder Mahnung. Die sechsmonatige Zahlungsfrist für die bis zur Unterzeichnung dieser Vereinbarung entstandenen Filmmieten beginnt mit Unterzeichnung. Erfolgt die Zahlung nicht innerhalb dieser Frist, beträgt die Filmmiete pro Besucher DM 4,13 (41,3 % des Gesamteinnahmebetrages pro Besucher)...."

Unter dem 12. April 1976 schrieb Riech dem Beklagten, er habe mit der Klägerin eine - im folgenden zahlenmäßig im einzelnen näher erläuterte - Vereinbarung erzielt, und bat den Beklagten, sich hiermit einverstanden zu erklären. Der Beklagte unterschrieb unter einem auf das Schreiben gesetzten Vermerk "Mit obigem Inhalt einverstanden".

Die Klägerin macht gegen den Beklagten - gestützt in erster Linie auf die Vereinbarung vom 30. März 1976 und von ihr vorgelegte "Filmmieten-Abrechnungen", hilfsweise auch auf unge-

rechtfertigte Bereicherung - Ansprüche auf Zahlung einer Filmverleih-Miete für von ihr in der Zeit vom 15. Februar 1975 bis 11. November 1976 angeblich zur öffentlichen Vorführung gelieferte Filme in Höhe von 194.283,46 DM zuzüglich 5,5 % Mehrwertsteuer sowie weitere 9.000,-- DM zur Abgeltung der Warenbestände geltend. Sie geht dabei von einer Filmmiete von 4,13 DM pro Kinobesucher aus, weil der Beklagte innerhalb der Sechsmonatsfrist nach Nr. II des Vertrages vom 30. März 1976 keine Zahlungen geleistet hat. Der Beklagte bestreitet, den Kaufmann R. zum Abschluß des Vertrages vom 30. März 1976 bevollmächtigt zu haben. Er hält sich auch nicht für ungerechtfertigt bereichert, weil die Filme nicht ihm, sondern der GmbH & Co. KG als Betreiberin des Kinos zur Verfügung gestellt worden seien und im übrigen nach Abzug der Miete und der Betriebsunkosten auch kein Überschuß aus dem Betrieb des Kinos erwirtschaftet worden sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat teilweise Erfolg.

I. 1. Einen gegen den Beklagten gerichteten Anspruch der Klägerin aus dem Vertrag vom 30. März 1976 hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, der Zeuge R. [REDACTED] sei von dem Beklagten zum Abschluß dieser Vereinbarung nicht bevollmächtigt worden. Die Vollmachtsurkunde vom 31. Oktober 1974 sei trotz ihres weit gefaßten Wortlauts auf Geschäfte zur Errichtung der geplanten Gesellschaft beschränkt gewesen. Auch in anderer Form habe der Beklagte den Zeugen nicht bevollmächtigt. Eine nachträgliche Genehmigung der Vereinbarung durch den Beklagten könne seiner Einverständniserklärung unter dem Schreiben vom 12. April 1976 nicht entnommen werden. Eine wirksame Verpflichtung ergebe sich auch weder aus der Aushändigung der Vollmachtsurkunde vom 31. Oktober 1974 an Riech (§ 172 BGB) noch aus den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht.

2. Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts führen im Ergebnis nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

a) Die auf tatrichterlichem Gebiet liegende Auslegung der Vollmachtserklärung vom 31. Oktober 1974 durch das Berufungsgericht sowie seine Würdigung der Aussage des Zeugen R. [REDACTED] und

der Erklärungen und Handlungen der Parteien begegnen teilweise zwar Bedenken, können aber noch hingenommen werden.

aa) In der Urkunde vom 31. Oktober 1974 bevollmächtigte der Beklagte den Zeugen R[REDACTED] mit der Wahrnehmung der Geschäfte der von ihm "betriebe[n]en Filmtheater", und zwar zu "alle(n) mit den Filmtheatern zusammenhängenden Geschäfte(n)". Wenn das Berufungsgericht aus seiner - von der Revision nicht angegriffenen - Feststellung, zwischen R[REDACTED] und dem Beklagten sei klar gewesen, daß das Kino "S[REDACTED]" nicht mehr von dem Beklagten selbst, sondern von der GmbH & Co. KG betrieben worden sei, den Schluß zieht, die auf das "Betreiben" des Kinos abgestellte Vollmacht decke daher nicht mehr den Abschluß des den Beklagten persönlich verpflichtenden Teils des Vertrages vom 30. März 1976, so ist dies jedenfalls für den entscheidenden Zeitpunkt dieses Vertragsschlusses eine nicht zwingende, aber immerhin noch mögliche Auslegung der Vollmachtsurkunde. Das Berufungsgericht stützt sich dabei auch auf die erstinstanzliche Aussage des Zeugen R[REDACTED], die Vollmacht sei "im Zusammenhang mit der Errichtung der ... Kommanditgesellschaft ausgestellt worden". Auch diese Aussage muß nicht, kann aber so verstanden werden, daß die Vollmachtserteilung auf Geschäfte zur Errichtung der geplanten Gesellschaft beschränkt gewesen sei. Der Einwand der Revision, der Beklagte habe zum Zwecke der Sanierung auch eine etwa notwendige Gründung einer neuen Gesellschaft gewollt und hierbei nicht übersehen dürfen, daß sich aus einer hierfür erteilten

Vollmacht auch seine persönliche Haftung habe ergeben können, ist nicht stichhaltig. Denn nach dem unstreitigen Sachverhalt des Berufungsurteils sollte Komplementär der GmbH & Co. KG, die allein der Klägerin gegenüber aufgetreten ist, die GmbH und nicht der Beklagte sein. In anderem Sinne läßt das Berufungsurteil aber eine Berücksichtigung des Umstandes, daß der Beklagte dem Zeugen Riech die Vollmachtsurkunde im Zuge seiner Bemühungen um eine Sanierung seines Unternehmens aushändigte, vermissen. Denn zum Zweck der Sanierung sind durchaus auch andere Geschäfte denkbar als allein solche zur Errichtung der geplanten GmbH & Co. KG. Dabei könnte auch zu berücksichtigen sein, daß die Vollmacht für den Abschluß des Gesellschaftsvertrages selbst ohne die - nicht erteilte - Befreiung von § 181 BGB ohnehin nicht ausreichte. Auch der zeitliche Abstand zwischen der Vollmachtserteilung am 31. Oktober 1974 und dem Vertragsschluß am 30. März 1976 würde eine Berücksichtigung dieses Zwecks der Vollmachtshingabe nicht zwingend verbieten, weil sich die Sanierungsbemühungen längere Zeit hingezogen haben können, wie auch die Eintragung der GmbH & Co. KG bis zum Vertragsschluß noch nicht erfolgt war. Die von dem Berufungsgericht dem Wortlaut der Urkunde gegebene Auslegung könnte deshalb zu eng sein; jedenfalls scheint es diesen besonderen Umstand nicht in seine Überlegungen einbezogen zu haben.

Es kann letztlich offenbleiben, ob schon dies der Revision zum Erfolg verhelfen kann, weil das angefochtene Urteil aus an-

deren Gründen der - teilweisen - Aufhebung verfallen muß und der aufrechterhaltene Teil von der genannten Frage nicht berührt wird. Die Parteien werden bei einer erneuten Verhandlung Gelegenheit haben, auch hierzu weiter vorzutragen.

bb) Dabei wird das Berufungsgericht auch die Auffassung überprüfen können, der Beklagte hafte nicht nach § 172 BGB wegen der Aushändigung der Vollmachtsurkunde an den Zeugen Riech. Zwar trifft es zu, daß eine Haftung des Beklagten nicht in Betracht kommt, wenn der Wortlaut der Urkunde das abgeschlossene Geschäft inhaltlich nicht deckt. Aber gerade diese Frage wird sich dem Berufungsgericht unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen erneut stellen. Die von dem Zeugen R [REDACTED] bekundeten Begleitumstände der Vollmachtserteilung, die sich nicht aus der Urkunde selbst ergeben, werden dabei zumindest insoweit außer Betracht zu bleiben haben, als sie der Klägerin nicht bekannt waren.

b) Eine in anderer als schriftlicher Form erteilte Vollmacht verneint das Berufungsgericht, weil es die Angaben des Zeugen R [REDACTED], er habe den Beklagten laufend über die Verhandlungen unterrichtet, deren ihn persönlich treffender Charakter dem Beklagten bekannt gewesen sei, für zu pauschal hält, zumal selbst das Schreiben vom 12. April 1976 nicht eindeutig eine

persönliche Verpflichtung des Beklagten erkennen lasse. Diese Würdigung liegt im tatrichterlichen Bereich und enthält keine Rechtsfehler.

c) Ebensowenig kann beanstandet werden, daß das Berufungsgericht die Einverständniserklärung des Beklagten unter dem Schreiben des Zeugen R[REDACTED] vom 12. April 1976 nicht als nachträgliche Genehmigung des Vertrages vom 30. März 1976 gewertet hat. Dagegen spricht in der Tat vor allem der Umstand, daß das Schreiben über eine persönliche Verpflichtung des Beklagten nichts enthält und der Beklagte daher annehmen konnte, die in dem Schreiben erwähnten Zahlungen seien von der GmbH & Co. KG als damaliger Betreiberin des Kinos zu erbringen. Auch die in diesem Zusammenhang von dem Berufungsgericht gemachten Ausführungen, es könne nicht festgestellt werden, daß dem Beklagten die Vertragsurkunde vom 30. März 1976 vorgelegen habe, halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Die Aussage des Zeugen R[REDACTED] mußte dem Berufungsgericht nicht die gegenteilige Überzeugung vermitteln: Dieser Zeuge hat zwar im ersten Rechtszug bekundet, er habe die Vereinbarung dem Beklagten zugeleitet; im zweiten Rechtszug hat er sich daran aber nicht mehr positiv erinnern können. Das Schreiben vom 12. April 1976 erwähnt auch eine schriftliche Vereinbarung nicht und hat nicht denselben Inhalt wie der Vertrag. Schließlich hat der Zeuge keine Erklärungen dafür abgegeben, wieso er sich bei Vorliegen einer umfassenden schriftlichen Bevollmächtigung überhaupt noch

eine Einverständniserklärung durch den Beklagten geben ließ und warum er den Beklagten auf dem Schreiben vom 12. April 1976 und nicht auf dem - inhaltlich zumindest klareren - Vertrag vom 30. März 1976 unterschreiben ließ.

II. Das Berufungsgericht hat es unterlassen zu prüfen, ob sich aus dem Sachvortrag der Parteien nicht jedenfalls für die Zeit vom 15. Februar 1975 (Beginn der Filmlieferungen) bis zum 27. März 1975 (Kündigung des Untermietvertrages durch die Klägerin) eine andere vertragliche Anspruchsgrundlage ergibt.

1. Die Klägerin und die GmbH & Co. KG haben einen "Untermietvertrag" geschlossen, nach dem der Klägerin als Untermieterin für einen Mietzins von zunächst 14.500,-- DM monatlich das Kino und sein Inventar zur Benutzung überlassen (§ 1 Abs. 2, 4) und das Personal "dienstüberlassen" (§ 1 Abs. 6) wurde; der Untermieter sollte Darbietungen veranstalten dürfen (§ 2 Abs. 1) und hatte dafür die Gebühren und Abgaben zu tragen (§ 1 Abs. 3) und die Mieträume instandzuhalten (§ 5 Abs. 1). Bei unbefangenen Verständnis des Vertrages erscheint daher - jedenfalls zunächst - die Klägerin als Betreiberin des Filmtheaters, nicht aber - wie das angefochtene Urteil dies ohne Berücksichtigung der hieraus folgenden weiteren Anspruchsgrundlage (§ 559 Abs. 2 Satz 1 ZPO) erörtert - der Beklagte oder die GmbH & Co. KG. Das Berufungsgericht führt dementsprechend als Vorbringen der Klägerin auch an, sie habe mit dem Beklagten persön-

lich vereinbart, "daß er quasi als Geschäftsleiter der Klägerin für das Kino "S■■■■" sämtliche Einnahmen aus dem Kinobetrieb täglich auf das Konto der Klägerin" habe einzahlen sollen. Ausweislich des Tatbestandes des angefochtenen Urteils hat der Beklagte zwar bestritten, zur Überweisung der Tageseinnahmen auf ein Konto der Klägerin verpflichtet gewesen zu sein, zugleich aber vorgetragen, er habe "vielmehr davon für die Klägerin die mit dem Betrieb des Kinos verbundenen Ausgaben zu zahlen gehabt". Diesem beiderseitigen Vortrag ist als unstreitiger Kern zu entnehmen, daß nach der ursprünglichen - den "Untermietvertrag" vom 3. Februar 1975 begleitenden - Vereinbarung der Parteien die Klägerin den Beklagten dafür einsetzte, das Kino zu verwalten, insbesondere die Tageseinnahmen nach Abzug der Betriebsunkosten auf ein Konto der Klägerin zu überweisen. Damit stimmt überein, daß in dem landgerichtlichen Urteil, auf das das Berufungsgericht Bezug nimmt, ausgeführt wird, die Klägerin habe das Kino "S■■■■" betrieben, der Beklagte habe es verwaltet und die Einnahmen auf ein Sonderkonto der Klägerin einzahlen sollen.

2. Es ist somit - jedenfalls in der Revisionsinstanz - davon auszugehen, daß aufgrund mündlicher Absprache der Parteien neben dem Vertrag vom 3. Februar 1975 ein Auftragsverhältnis zustandegekommen ist, das den Beklagten verpflichtete, die Einnahmen unter Abzug der Unkosten für den Kinobetrieb abzurechnen und den Überschuß herauszugeben (§§ 662, 667 BGB). Der Beklagte bestreitet zwar, daß bei dem Betrieb des Kinos ein Überschuß

erzielt worden sei. Soweit aber das Berufungsgericht - in anderem Zusammenhang - meint, daß dies die Klägerin nötige, ihren Überschuß-Anspruch substantiiert darzulegen, trifft diese Auffassung im Rahmen eines Auftragsverhältnisses nicht zu: Der Auftraggeber muß - nur - darlegen und notfalls beweisen, daß der Beauftragte etwas aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat. Die Richtigkeit der von der Klägerin unter Vorlage der Abrechnungen vorgetragenen Einnahmen hat der Beklagte nicht bestritten. Demgegenüber ist es Sache des Beauftragten, den Verbleib des Erlangten, insbesondere seine Aufwendungen darzulegen und zu beweisen (vgl. z.B. RGZ 90, 129, 133 ff.; MünchKomm-Seiler, BGB, § 667 Rdn. 27; Palandt/Thomas, BGB, 42. Aufl., § 667 Anm. 4 e).

Dem Beklagten, der nach dem bisherigen Prozeßverlauf in den beiden Vorinstanzen keine Veranlassung hatte, seinen Vortrag unter Beweis zu stellen, muß Gelegenheit gegeben werden, dies nachzuholen. Schon aus diesem Grund war das angefochtene Urteil teilweise aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird dabei auch Gelegenheit haben zu klären, ob von der Klageforderung für die Zeit vom 5. Februar bis 27. März 1975 die von dem Beklagten nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin überwiesenen Beträge von 8.366,08 DM und 8.153,80 DM abzuziehen sind.

III. Auch soweit die Klägerin Ansprüche für die Zeit zwischen dem 27. März 1975 und dem 30. März 1976 geltend macht, kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.

1. Allerdings ist dem angefochtenen Urteil (§ 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO) für diese Zeit nicht mehr mit hinreichender Sicherheit ein Parteivorbringen zu entnehmen, aus dem die weitere Praktizierung des Auftragsverhältnisses zwischen den Parteien abgeleitet werden kann. Denn nach der fristlosen Kündigung des "Untermietvertrages" vom 27. März 1975 durch die Klägerin - ihre Wirksamkeit und ihren rechtlichen Einfluß auf den Bestand der mündlichen "Begleitvereinbarung" zwischen den Parteien dahingestellt - verhielten sich die Parteien jedenfalls nicht mehr so, als habe der Beklagte als Beauftragter der Klägerin die Tagesbeträge für sie zu vereinnahmen und nach Abzug der Unkosten an sie zu überweisen. Die Klägerin zahlte keine Miete mehr an die GmbH & Co. KG, der Beklagte führte keine Einnahmen ab. Darin ist die stillschweigende einverständliche Aufhebung des Auftragsverhältnisses zu sehen. Eine andere vertragliche Grundlage für die weitere Belieferung des Beklagten mit Filmen durch die Klägerin ist nicht ersichtlich.

2. Zu Recht prüft das Berufungsgericht daher auch Ansprüche der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alternative BGB). Es hat dabei festgestellt, die Klägerin habe nicht schlüssig dargelegt, daß die Filme an

den Beklagten persönlich geliefert worden seien. Ob diese Feststellung angesichts der Regelung in Nr. II des - wenn möglicherweise auch vollmachtlos geschlossenen - Vertrages vom 30. März 1976 und des Umstandes, daß die Klägerin die Lieferungen nach ihrer Kündigung vom 27. März 1975 wie bisher fortsetzte, noch im tatrichterlich möglichen Bereich liegt, kann zweifelhaft sein, braucht aber nicht entschieden zu werden. Denn jedenfalls kommt - wenn die Gesellschaft Leistungsempfänger gewesen ist - eine Haftung des Beklagten als Gesellschafter der in Gründung befindlichen GmbH & Co. KG in Betracht.

a) Die einen Anspruch der Klägerin verneinende Begründung des Berufungsgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand, weil das Berufungsgericht die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast verkannt hat. Es führt aus, der Klägerin könne ein Anspruch nur auf Auszahlung des Überschusses aus den Einnahmen des Kinos "S [REDACTED]" unter Abzug des Pachtzinses und der Betriebsunkosten zustehen; einen solchen Anspruch habe die Klägerin aber unter Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten, die laufenden Betriebsunkosten hätten nach Abzug der Miete den verbleibenden durchschnittlichen monatlichen Bruttoertrag von rd. 6.000,-- DM überstiegen, nicht substantiiert vorgetragen. Dabei übersieht das Berufungsgericht, daß im Rahmen eines Kondiktionsanspruchs der Gläubiger nur die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit und das Fehlen eines Rechtsgrundes darzulegen und zu beweisen hat (vgl. z.B. BGH,

nicht veröffentlichtes Urt. v. 27. Januar 1958 - VII ZR 72/57; Heimann-Trosien in: RGRK-BGB, 12. Aufl., § 812 Rdn. 120). Dafür genügte es, daß die Klägerin unter Vorlage der Filmmiet-Abrechnungen im einzelnen vortrug, sie habe zunächst weitere Filme zur Führung des Filmtheaters geliefert, um anschließend eine vernünftige Regelung zu finden. Dem so schlüssig vorgetragenen Anspruch steht auch nicht die Vorschrift des § 814 BGB entgegen. Denn auf eine Leistung, die zwar in Kenntnis der Nichtschuld, aber in der Erwartung erbracht wird, daß eine wirksame Verpflichtung später entsteht, ist § 814 BGB grundsätzlich nicht anzuwenden (vgl. z.B. RGZ 98, 237, 239 f.; BGH, Urt. v. 21. Mai 1971 - V ZR 17/69 = WM 1971, 1202, 1204; auch BGHZ 73, 202, 205).

Waren nach dem Vortrag der Klägerin die aus der Vorführung der Filme gezogenen Nutzungen herauszugeben (§ 818 Abs. 1 BGB), so stellten sich die geltend gemachten Kosten der Fruchtziehung als bereicherungsmindernde Vermögensnachteile dar (so z.B. auch MünchKomm-Lieb § 818 Rdn. 67; Staudinger/Lorenz, BGB, 12. Aufl., § 818 Rdn. 37). Darlegungs- und beweispflichtig für eine derartige Minderung der Bereicherung aber ist der Schuldner (vgl. z.B. Mot. II 837 f.; BGH, Urt. v. 24. September 1954 - V ZR 48/54 = WM 1955, 256, 259; Heimann-Trosien aaO; Staudinger/Lorenz aaO Rdn. 48; Palandt/Thomas aaO § 818 Rdn. 8; Erman/H.P. Westermann, BGB, 7. Aufl., § 818 Rdn. 53; Planck, BGB, 4. Aufl., § 818 Anm. 6). Den Vortrag

des Beklagten hat das Berufungsgericht auch nicht etwa als zugestanden behandelt. Unter diesen Umständen wäre es Sache des Beklagten gewesen, seine Abrechnung unter Beweis zu stellen. Dies nachzuholen, muß ihm Gelegenheit gegeben werden (vgl. oben II 2). Das Berufungsgericht wird dabei auch zu überprüfen haben, ob der Auffassung des Beklagten, er könne von den Einnahmen auch den Mietzins nach dem Vertrag vom 3. Februar 1975 in Abzug bringen, für die Zeit nach dem 27. März 1975 zu folgen ist.

b) Die auch auf dieser Verkennung der Darlegungs- und Beweislast beruhende Aufhebung des Berufungsurteils kann nicht deshalb unterbleiben, weil sich die angefochtene Entscheidung aus anderen Gründen als richtig erweist (§ 563 ZPO). Zwar kommt es auf die Frage der Bereicherungsminderung nur an, wenn der Beklagte jedenfalls dem Grunde nach als künftiger Gesellschafter der GmbH & Co. KG für den gegen die Gründungsgesellschaft gerichteten Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung haftet. Eine derartige Haftung kann jedoch nach den vorliegenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend verneint werden. Dabei ist von folgendem auszugehen:

aa) Die in Gründung befindliche GmbH & Co. KG konnte erst durch Eintragung im Handelsregister zur Kommanditgesellschaft werden (§ 2 HGB) und war bis dahin eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (vgl. dazu z.B. Brüggenmann in: Großkommentar zum HGB, 4. Aufl., § 1 Rdn. 34; Baumbach/Duden/

Hopt, HGB, 25. Aufl., § 176 Anm. 1 C). Denn ihre auf den Betrieb von Lichtspieltheatern gerichtete Tätigkeit stellt kein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB dar. Die Anmietung von Filmen ist keine "Anschaffung" von Waren, ihre entgeltliche Vorführung keine "Weiterveräußerung". Von dem Begriff der "Anschaffung" sind nämlich ausgeschlossen solche Rechtsgeschäfte, die nicht auf Eigentumserwerb gerichtet sind, wie etwa die Miete (z.B. Brüggemann aaO Rdn. 58; Schlegelberger/Hildebrandt, HGB, 5. Aufl., § 1 Rdn. 29; Karsten Schmidt, Handelsrecht, 1980, S. 228). Ebensowenig wie der Filmverleiher die Filme übereignen will (vgl. Schlegelberger/Hildebrandt aaO Rdn. 30; Karsten Schmidt, aaO), will der Betreiber des Filmtheaters Eigentum erwerben und weiter übertragen. Daran ändert nichts, daß im vorliegenden Fall in dem Eintrittspreis für das Kino "Smoky" der entgeltliche Erwerb eines Getränks enthalten war. Die in § 1 Abs. 2 HGB gekennzeichneten Geschäfte müssen der wesentliche Gegenstand des Betriebes sein; bei der Beurteilung kommt es auf das Gesamtbild an (vgl. z.B. Baumbach/Duden/Hopt aaO § 1 Anm. 2 A). Der Verkauf der Getränke war nur Nebengeschäft gegenüber der im Vordergrund stehenden Vorführung der Filme (vgl. das ähnliche Beispiel bei Brüggemann aaO Rdn. 26).

bb) Ob und in welchem Umfang die Gesellschafter einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft wegen einer dem Gesellschaftsvermögen zugeflossenen ungerechtfertigten Bereicherung persönlich haften, ist umstritten (vgl. aus dem jüngeren

Schrifttum z.B. Nicknig, Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für Gesellschaftsschulden, 1972, S. 56 ff.; Thielmann ZHR 1936, 397 ff.; ders. ZHR 1937, 368, 370 f.; Flume in: Festschrift für Westermann, 1974, 119, 141 f., jeweils mit Wiedergabe des Meinungsstandes). Die Auffassung, daß wegen einer "rechtlichen Verselbständigung" des Gesamthandsvermögens der Anspruch nur aus dem Gesellschaftsvermögen zu erfüllen ist, wird ebenso vertreten wie diejenige, daß die Gesellschafter auch persönlich für Bereicherungsschulden - sei es als Teilschuldner gemäß § 420 BGB, sei es in gesamtschuldnerischer Haftung nach § 427 BGB - einzustehen haben. Eine umfassende Stellungnahme zu dieser Frage könnte entbehrlich sein, wenn die Gesellschaft inzwischen aufgelöst, das Gesamthandsvermögen verteilt und die eingetretene Bereicherung an die Gesellschafter ausgeschüttet oder in ihrem Interesse verwendet worden ist. Für diesen Fall hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter auf den vollen Betrag der im Zusammenhang mit einem Vertragsverhältnis an die Gesellschaft erbrachten Leistung grundsätzlich für geboten gehalten (vgl. BGHZ 61, 338, 343 f.; zustimmend z.B. MünchKomm/Ulmer § 714 Rdn. 40; im Ergebnis ebenso z.B. Flume aaO 141 f.; Palandt/Thomas § 718 Rdn. 4 a; Reinhardt JZ 1974, 768). Dem schließt sich der erkennende Senat an. Es ist weitergehend eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter auch dann zu bejahen, wenn ein Vertragsverhältnis zwar fehlt, der Gläubiger die Leistung aber - wie dies hier von der Klägerin

vorgetragen wird - in der Erwartung erbringt, es werde eine wirksame Verpflichtung später zustande kommen. Denn auch in Fällen dieser Art tritt der Anspruch aus Leistungskondiktion an die Stelle des mangels Rechtsgrundes nicht gegebenen Vertragsanspruchs, für den die Gesellschafter nach § 427 BGB als Gesamtschuldner haften würden (zu dieser Begründung vgl. MünchKomm/Ulmer aaO).

Das angefochtene Urteil enthält jedoch keine hinreichenden Feststellungen, um eine Haftung des Beklagten im Sinne der genannten Rechtsprechung abschließend beurteilen zu können. Zwar hat der Zeuge R. [REDACTED] sämtliche Verträge mit dem Beklagten mit Schreiben vom 30. März 1977 gekündigt; in welcher Form die bürgerlichrechtliche Gesellschaft aufgelöst und wie das Gesamtvermögen verteilt bzw. schon vorher gerade die aus der Nutzung der von der Klägerin zur Verfügung gestellten Filme erlangten Beträge verwendet worden sind, ist dagegen unklar. Der Zeuge Riech hat bekundet, mit den Einnahmen des Filmtheaters seien in erster Linie Schulden des Beklagten beglichen worden. Der Beklagte hat behauptet, er habe Einnahmen und Ausgaben mit dem Mitgeschafter R. [REDACTED] abgerechnet, dieser habe den Überschuß vereinnahmt. Eine tatrichterliche Feststellung hierzu fehlt.

cc) Wenn das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung der Sache Feststellungen trifft, aus denen sich eine

Haftung des Beklagten für einen gegen die bürgerlichrechtliche Gesellschaft gerichteten Bereicherungsanspruch dem Grunde nach ergibt, so kann sich die Frage stellen, ob der Beklagte, der Kommanditist der GmbH & Co. KG werden sollte, auch als Gesellschafter der tatsächlich bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts allenfalls in diesem Umfang haftet. Zu einer eingehenden Erörterung dieser - vorerst hypothetischen - Frage sieht der Senat im augenblicklichen Verfahrensstadium keine Veranlassung. Es ist aber darauf hinzuweisen, daß der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (Urt. v. 26. November 1979 - II ZR 256/78 = NJW 1980, 784, 785 = WM 1980, 102) ausgeführt hat, ein Gesellschaftsvertrag könne - nach Scheitern der Gründung der geplanten Kommanditgesellschaft - dahin ausgelegt werden, daß derjenige Gesellschafter, der Kommanditist habe werden sollen, auch in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die einem Kommanditisten entsprechende Rechtsstellung einnehme, mit der Folge, daß er nur mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen hafte und persönlich zur Zahlung nur verpflichtet sei, soweit er seine Einlage noch nicht erbracht habe. Es wird ggf. zu untersuchen sein, ob dies auch dann gelten kann, wenn es nicht um eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des als Kommanditist vorgesehenen Gesellschafters durch den geschäftsführenden Gesellschafter, sondern um einen gegen die Gesellschaft gerichteten Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geht.

dd) Dagegen kommt es im vorliegenden Fall auf die Frage, ob der Kommanditist einer Gesellschaft, die kein Handelsgewerbe betreibt und mangels Eintragung im Handelsregister noch nicht entstanden ist, im Rechtsverkehr aber als Handelsgesellschaft auftritt, nach Rechtsscheingrundsätzen wie ein nicht eingetragener Kommanditist gemäß § 176 HGB oder nur beschränkt entsprechend dem KG-Vertrag haftet (vgl. dazu z.B. BGHZ 61, 59, 65 ff.; 69, 95, 99 f., jeweils mit Nachweisen des abweichenden Schrifttums), nicht an. Denn die Klägerin, die nach ihrem eigenen Vorbringen stets an den Beklagten selbst, nicht aber an die GmbH & Co. KG zu liefern glaubte, hat nicht geltend gemacht, auf einen Rechtsschein vertraut zu haben.

IV. Die Revision bleibt erfolglos, soweit die Klage hinsichtlich der angeblich nach dem 30. März 1976 gelieferten Filme abgewiesen worden ist. Dabei kann offenbleiben, ob die Ansicht des Berufungsgerichts Zustimmung verdient, die von der Klägerin vorgelegten Filmmiet-Abrechnungen reichten für einen substantiierten Vortrag nicht aus, weil sie nicht erkennen ließen, welche Filme die Klägerin angeblich geliefert habe. Denn jedenfalls hat der Beklagte bestritten, nach dem 30. März 1976 überhaupt Filme von der Klägerin bezogen zu haben; eine weitere Substantiierung dieses umfassenden Bestreitens war nicht erforderlich. Die Klägerin, die als Gläubigerin eines Bereicherungsanspruchs für den Umfang ihrer Leistungen beweispflichtig ist, hat sich lediglich in der Berufungsbegründung auf das "Zeugnis

NN" bezogen. Dies reicht für den Beweisantritt gemäß § 373 ZPO grundsätzlich nicht aus (vgl. z.B. auch Zöllner/Stephan aaO § 356 Rdn. 1; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 41. Aufl., § 356 Anm. 1 b). Eine Verfahrensrüge ist von der Revision im übrigen nicht erhoben worden.

Nach der der Klage zugrundeliegenden Berechnung und den von der Klägerin vorgelegten Abrechnungen verlangt sie für die Zeit vom 1. April bis 11. November 1976 für 13.155 verkaufte Kinokarten je 4,13 DM zuzüglich 5,5 % Mehrwertsteuer. Das ergibt den Betrag von 57.318,31 DM, in dessen Höhe die Klage zu Recht abgewiesen worden ist.

V. Hinsichtlich des verbleibenden Betrages von 156.650,74 DM war aus den genannten Gründen das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Dabei hält der Senat es für angebracht, von der Möglichkeit der Zurückverweisung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts (§ 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO) Gebrauch zu machen. Soweit die Revision erfolglos geblieben ist,

beruht die Kostenentscheidung auf § 97 Abs. 1 ZPO. Weil die weitere Kostenentscheidung vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt, war sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Braxmaier

Merz

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch

Groß