

Nachschlagewerk: ja  
Amtliche Sammlung: nein

2229 081

---

HGB § 369; BGB § 1206

Gemeinschaftlicher Besitz zweier Gesellschafter an einer der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Sache begründet mindestens dann nicht ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, wenn jeder der Gesellschafter nach der tatsächlichen Gestaltung in der Lage ist, ohne Mitwirkung des anderen den Alleinbesitz zu ergreifen.

BGB §§ 987 Abs.2, 990 Abs.1

Hat ein bösgläubiger oder verklagter Fremdbesitzer eine Sache in Ausübung eines vermeintlichen Rechtsverhältnisses inne, das ihn zur Nutzung nicht berechtigen würde, so haftet er nicht für unterbliebene Nutzungsziehung.

BGH, Urt. v. 1. April 1963 - VIII ZR 41/62 - OLG Frankfurt(Main)  
LG Frankfurt(Main)

Verkündet am 1. April 1963  
Wüst, Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter der  
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Heinrich K [REDACTED], Bauunternehmung, Inhaber Kaufmann  
Willi K [REDACTED], in F [REDACTED] (M [REDACTED]), Ke [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bücherrevisor Max B [REDACTED] in W [REDACTED], A [REDACTED]llee [REDACTED],  
als Verwalter im Konkurs über das Vermögen des Bauunternehmers  
Ernst H [REDACTED] in W [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]. [REDACTED]. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-  
liche Verhandlung vom 1. April 1963 unter Mitwirkung des Senats-  
präsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Artl, Dr. Mezger  
Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des  
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main)  
vom 8. November 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-  
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an das  
Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte 24 880,90 DM  
nebst 4 % Zinsen seit dem 18. Dezember 1961 zu zahlen.  
Mit dem weitergehenden Zinsanspruch wird die Beklagte  
abgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

In den Jahren 1949/1950 schlossen sich der Bauunternehmer H. und die Beklagte zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, einer sogenannten Arbeitsgemeinschaft zusammen, um umfangreiche Bauaufträge auszuführen. Diese Arbeitsgemeinschaft gehörte wiederum zwei größeren Arbeitsgemeinschaften an, die bei je einem Bauvorhaben an der Unterschweinstiege in F. (M.) und bei Kasernenbauten am Flughafen Rhein-Main (im folgenden Kasernenbau genannt) als Generalunternehmer auftraten. Zwischen den Mitgliedern der Arbeitsgemeinschaft Kasernenbau, zu der sich außer der Arbeitsgemeinschaft des H. und der Beklagten vier weitere Bauunternehmungen vereinigt hatten, wurde ein Gesellschaftsvertrag geschlossen.

H. hatte die Abschlagszahlungen der größeren Arbeitsgemeinschaften in Empfang zu nehmen und unbeschadet einer späteren Gesamtabrechnung je zur Hälfte zwischen sich und der Beklagten zu verteilen. Ab Mai 1950 hielt er die der Beklagten zustehenden Gelder zurück. Eine Aussprache zwischen dem Inhaber der Beklagten und H. führte am 20. September 1950 zu einer schriftlichen Vereinbarung über Zahlungen des H. an die Beklagte und Sicherung der geschuldeten Beträge.

Nachdem H. am 10. November 1950 die Eröffnung des Vergleichsverfahrens beantragt hatte, wurde am 2. Dezember 1950 das Anschlußkonkursverfahren eröffnet. Der Kläger ist Konkursverwalter. Kurz darauf nahm die Beklagte einen Betonmischer und zwei Förderbänder, die dem Gemeinschuldner gehörten und bei den Bauarbeiten eingesetzt worden waren, in Besitz und brachte sie auf ihren Lagerplatz. Dort blieben sie bis zur Herausgabe am 22. Juni 1959.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Der Kläger hat ursprünglich Herausgabe der Baugeräte und Zahlung einer Nutzungsentschädigung wegen der Vor-  
enthaltung der Geräte sowie Zahlung des Überschusses aus  
der Abrechnung über die Ansprüche aus den Arbeitsgemein-  
schaften Unterschweinstiege und Kasernenbau verlangt.  
Mit der Klage macht der Kläger einen Teilanspruch in  
Höhe von 20 000 DM geltend, den er in erster Linie aus  
der Abrechnung des Bauvorhabens Unterschweinstiege, hilfs-  
weise als Nutzungsentschädigung und ferner hilfsweise  
aus der Abrechnung des Bauvorhabens Kasernenbau fordert.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte zur Heraus-  
gabe der Baugeräte und Zahlung von 20 000 DM. Durch Urteil  
des Berufungsgerichts vom 9. März 1959 wurde das Urteil  
des Landgerichts, soweit es über den Zahlungsanspruch ent-  
schieden hatte, aufgehoben; die Sache wurde insoweit an  
das Landgericht zurückverwiesen. Die Berufung hinsicht-  
lich der Herausgabe wies das Berufungsgericht zurück. In  
diesem Umfang wurde das Urteil rechtskräftig. Das Landge-  
richt verurteilte nunmehr unter Abweisung des Anspruches  
aus dem Bauvorhaben Unterschweinstiege die Beklagte, als  
Nutzungsentschädigung den Betrag von 17 857,50 DM nebst  
Zinsen und aus der Abrechnung über das Bauvorhaben Kaser-  
nenbau weitere 2142,50 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Berufungsge-  
richt die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die  
Anschlußberufung des Klägers hat es den Ausspruch des  
Landgerichts, daß die Klage wegen des Anspruches aus dem  
Bauvorhaben Unterschweinstiege abgewiesen werde, aufge-  
hoben.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung  
der Klage. Sie beantragt ferner, den Kläger zu verurtei-

len, den zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlten Betrag von 20 000 DM nebst Zinsen, insgesamt 24 880,90 DM zurückzuzahlen. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

I. Das Berufungsgericht billigt dem Kläger eine Nutzungsentschädigung für die Betonmischmaschine für die Zeit vom 1. Januar 1951 bis 31. Mai 1959 - 101 Monate in Höhe von 16 028,70 DM und für ein nur in der Zeit vom 1. Januar 1951 bis Ende 1954 - 48 Monate verwertbar gewesenes Förderband in Höhe von 1828,80 DM, insgesamt 17 857,50 DM zu, weil die Beklagte während der Besitzzeit durch Vermieten der Geräte diesen Betrag nach Abzug der Aufwendungen hätte erübrigen können. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Beklagte habe gegenüber dem Kläger kein Recht zum Besitz der Geräte gehabt und sei nach § 985 BGB, § 6 KO zur Herausgabe verpflichtet gewesen. Zur Zeit des Erwerbes des Besitzes (gemeint ist wohl: des Alleinbesitzes) sei sie bösgläubig gewesen. Sie habe entweder den Mangel ihrer Besitzbefugnis gekannt, also vorsätzlich gehandelt, oder sich infolge grober Fahrlässigkeit darüber hinweggesetzt. Das ergebe sich daraus, daß sie die Maschinen, an denen sie zunächst allenfalls Mitbesitz neben dem Gemeinschuldner gehabt habe, nach Konkurseröffnung ohne die jetzt maßgebliche Zustimmung des Konkursverwalters in ihren Alleinbesitz gebracht habe. Es hätten sich ihr zumindest ernste Zweifel an der Befugnis, Alleinbesitz durch Abtransport der Geräte von der Baustelle zu ergreifen, aufdrängen müssen, und sie hätte deshalb den Rat eines Rechtskundigen einholen müssen.

II. 1. Die Revision macht geltend, die Beklagte sei zum Besitz der Baugeräte berechtigt gewesen. Ihr habe wegen ihrer Forderungen gegen den Gemeinschuldner ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht zugestanden, zu dessen Begründung Mitbesitz genüge. Außerdem sei die Beklagte zum Besitz auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses mit dem Gemeinschuldner berechtigt gewesen.

2. Hierin kann der Revision allerdings nicht gefolgt werden.

a) Das Berufungsgericht hat durch Urteil vom 9. März 1959 über die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe der Betonmaschine und zweier Förderbänder rechtskräftig entschieden. Es hält nach den Entscheidungsgründen dieses Urteils den Herausgabeanspruch von dem Zeitpunkt an für begründet, zu dem die Beklagte die Maschinen an sich genommen habe. Ob bei der Entscheidung über den Anspruch des Klägers auf Nutzungsentschädigung überhaupt in eine erneute Prüfung der Pflicht der Beklagten zur Herausgabe der Baugeräte eingetreten werden dürfte (verneinend BGH Urt. v. 3. März 1954 - VI ZR 256/52 - LM § 987 Nr.3), kann dahinstehen. Jedenfalls ist die vom Berufungsgericht im Urteil vom 9. März 1959 vertretene Auffassung, die es im angefochtenen Urteil ersichtlich aufrecht erhält, nicht zu beanstanden. Im Urteil vom 9. März 1959 nimmt das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf ein Urteil des Reichsgerichts (Recht 1907 Nr.462) an, Mitbesitz der Beklagten an den Baugeräten habe ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht nicht begründen können. Das Reichsgericht spricht im Leitsatz des veröffentlichten Urteils aus: Wenn zwischen Lagerhalter und dem Einleger von Waren

das Besitzverhältnis in der Weise geregelt ist, daß jeder von ihnen zu dem nur mit einem Schloß versehenen Raum einen Schlüssel hat, so daß der Einleger ohne Mitwirkung des Lagerhalters Waren entnehmen und ihnen neue zufügen kann, so sind weder die Voraussetzungen des Besitzes noch diejenigen des Mitbesitzes nach § 1206 BGB, auf Grund deren der Lagerhalter ein Rückbehaltungsrecht gemäß § 369 HGB für Forderungen gegen den Einleger ausüben könnte, gegeben. Die veröffentlichten Gründe befassen sich dann nur mit der Voraussetzung des § 1206 BGB. Düringer/Hachenburg (HGB 3.Aufl. § 369 Anm.8) und Schlegelberger/Hefermehl (HGB 3.Aufl. § 369 Anm.25) schließen sich der Entscheidung mit der Maßgabe an, Mitbesitz in der Form des § 1206 BGB reiche aus. HGB RGRK (1.Aufl. § 369 Anm.28) meint...unter Bezugnahme auf das Urteil, es genüge der Mitbesitz des Gläubigers in Gemeinschaft mit dem Schuldner, aber nur in der Form des § 1206 BGB. Der vom Reichsgericht entschiedene Fall unterscheidet sich im Sachverhalt allerdings vom vorliegenden. Dort handelte es sich um die Begründung schlichten Mitbesitzes zwischen Gläubiger und Schuldner derart, daß der Schuldner neben seinem eigenen unmittelbaren Besitz auch dem Gläubiger unmittelbaren Besitz eingeräumt hatte und es dem Schuldner freistand, sich an den Waren jederzeit wieder eigenen unmittelbaren Alleinbesitz zu verschaffen. H. hatte dagegen, sei es, daß er die Baugeräte an die Gesellschaft vermietet hatte, sei es, daß er sie der Gesellschaft in Erfüllung seiner Beitragspflicht nach § 706 BGB zur Benutzung überlassen hatte, seinen unmittelbaren Alleinbesitz aufgegeben und war mittelbarer Besitzer geworden; die Gesellschaft, also die Gesellschafter als Gesamthand, hatten den unmittelbaren alleinigen Gesamthandsbesitz erlangt. H. und die Beklagte durf-

ten nach §§ 709, 719 BGB nur gemeinsam über die Geräte verfügen. Sie waren tatsächlich aber in der Lage, jederzeit Alleinbesitz zu ergreifen. Die Erwägungen des Reichsgerichts treffen indessen auch für diese Sondergestaltung zu. Der Entscheidung des Reichsgerichts liegt die zutreffende Erwägung zugrunde, daß das durch Besitzeinräumung entstehende kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, das ein nach den Vorschriften des Pfandrechts erfolgendes Befriedigungsrecht gibt, einem durch Übergabe begründeten Pfandrecht so rechtsähnlich ist, daß der Begriff des Besitzes für das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kein anderer sein kann als für das Pfandrecht. Zur Begründung eines Pfandrechts genügt nach § 1206 BGB Mitbesitz aber nur in der qualifizierten Form, daß sich die Sache unter dem Mitverschluß des Gläubigers befindet. Es genügt also nicht, daß der Schuldner rechtlich gehindert ist, über die Sache allein zu verfügen; sie muß auch seiner tatsächlichen Herrschaft so entzogen sein, daß er sie nicht allein an sich nehmen kann. Der bloße Gesamthandbesitz des H. und des Beklagten reichte daher zur Begründung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes nicht aus.

b) Die Beklagte kann sich für ihre angebliche Besitzberechtigung auch nicht auf das Gesellschaftsverhältnis berufen. Das Berufungsgericht hat zwar im Urteil vom 9. März 1959 unterstellt, daß H. die Baugeräte der Gesellschaft zur Verfügung gestellt hat und daß die Beklagte deshalb schon vor Konkurseröffnung Mitbesitzerin gewesen ist. Die Gesellschaft wurde nach § 728 BGB durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des H. aufgelöst. Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß der Kläger als Konkursverwalter nicht etwa im Zuge der Abwicklung des Gesellschaftsverhältnisses die Baugeräte der Beklagten zur Ausführung von Bauarbeiten

weiter überlassen hat. Nach § 732 BGB waren mithin die Geräte dem Kläger nach Konkurseröffnung zurückzugeben. Das hat die Beklagte nicht getan. Sie wollte nicht mehr als ehemalige Gesellschafterin ihren Besitz in Gestalt des Mitbesitzes ausüben, vielmehr übte sie nunmehr den Besitz in Gestalt des Alleinbesitzes zur Verfolgung des von ihr in Anspruch genommenen Sicherungsrechtes aus. Sie hat daher ihren früher berechtigten Fremdmitbesitz in einen unberechtigten Fremdalleinbesitz umgewandelt.

III. Wenn danach die Beklagte auch zum Besitz der Baugeräte nicht berechtigt war, so erheben sich doch gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung von Nutzungsentschädigung rechtliche Bedenken.

1. Ob die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei unredliche Besitzerin im Sinne der §§ 990, 932 BGB gewesen, der rechtlichen Nachprüfung standhält, kann dahingestellt bleiben. Der unredliche Besitzer haftet in gleicher Weise wie der verklagte Besitzer nach §§ 990 Abs.1, 987 Abs.2 BGB nur für solche nicht gezogenen Nutzungen, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen könnte, und nur, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt.

Wenn das Berufungsgericht fordert, die Beklagte hätte die Baugeräte vermieten~~n~~ sollen, so berücksichtigt es nicht, daß die Beklagte nicht nutzungsberechtigt war. Die Vorschrift des § 987 Abs.2 BGB geht davon aus, daß der Besitzer, der eine fremde Sache zu eigenem Nutzen in Anspruch nimmt, sie so nutzen muß, wie ein Eigentümer sie bei ordnungsmäßiger wirtschaftsführung nutzen würde. Hat ein Fremdbesitzer da-

gegen den Besitz in Ausübung eines Rechtsverhältnisses inne, das ihm, selbst wenn er berechtigter Besitzer wäre, eine Nutzung nicht gestattete, und zieht er deshalb keine Nutzungen, so kann nicht davon gesprochen werden, er verstoße gegen die Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung. Ein Fremdbesitzer, der sich mit Recht nicht für nutzungsberechtigt hält, handelt vielmehr ordnungsmäßig, wenn er keine Nutzungen zieht. Daß dem redlichen, nicht nutzungsberechtigten Fremdbesitzer keine Nutzungspflicht obliegt, entspricht allgemeiner Auffassung (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. § 990 Anm. 15). Im Gegenteil unterwirft die Rechtsprechung den redlichen Fremdbesitzer der Haftung wegen unerlaubter Handlung, wenn er den Rahmen seines Besitzrechtes schuldhaft überschreitet (BGH Urt. v. 14. Juni 1951 - IV ZR 37/50 - LM BGB § 817 Nr. 1). Es kann nicht der Sinn der §§ 987 Abs. 2, 990 Abs. 1 BGB sein, dem verklagten oder unredlichen Besitzer eine Handlung anzusinnen, die dem redlichen Besitzer verboten ist. Zum mindesten stellt es kein Verschulden dar, wenn der Fremdbesitzer entsprechend den von ihm - wenn auch zu Unrecht - in Anspruch genommenen Rechtsbeziehungen zum Eigentümer eine Nutzungsziehung unterläßt. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, im vorliegenden Fall hätte die Beklagte die Baugeräte nutzen müssen, weil ein unbenutztes Gerät sich mehr entwerte als ein genutztes; notfalls hätte sie die Zustimmung des Klägers einholen müssen. Die Frage, ob die Beklagte dem Kläger durch die Vorenthaltung des Besitzes Schaden zugefügt hat und deshalb zum Ersatz verpflichtet ist, hat aber mit der hier behandelten Frage der Haftung für unterlassene Nutzung nichts zu tun. Auf sie wird später eingegangen.

Der Beklagten kann deshalb nicht zur Last gelegt werden, daß sie die Baugeräte nicht vermietet hat. Nach Auflösung der Gesellschaft gaben ihr weder ein etwa früher geschlossener Mietvertrag noch der Gesellschaftsvertrag ein Recht, die Baugeräte selbst zu nutzen oder zu vermieten. Ebenso wenig war sie nutzungsberechtigt, weil sie ein Zurückbehaltungsrecht ausüben wollte. Ein Anspruch des Klägers aus §§ 990 Abs.1, 987 Abs.2 BGB ist daher nicht gegeben.

2. Das besagt indessen nicht, daß in Fällen solcher Art ein Besitzer nicht verpflichtet sein könnte, dem Eigentümer für entgangene Nutzungen einzustehen. Eine Haftung wird sich im allgemeinen aus dem Rechtsverhältnis ergeben, das dem Fremdbesitz zugrundeliegt. Daß Vertragsansprüche mit Ansprüchen aus §§ 987 ff BGB zusammentreffen können, entspricht allgemeiner Ansicht. Hatte im vorliegenden Fall der Gemeinschuldner mit den Gesellschaftern (verbunden in der Gesellschaft) einen Mietvertrag abgeschlossen, so könnte möglicherweise dem Kläger nach § 557 BGB für die Dauer der Vorenthaltung der Baugeräte ein Anspruch auf den vereinbarten Mietzins zustehen. Dieser Anspruch wäre von einem Verschulden des Mieters unabhängig. Der Beklagte könnte auch mit der mietvertraglichen Rückgabe in Verzug gekommen sein. Handelte es sich dagegen um eine gesellschaftsrechtliche Einlage, so könnte die Beklagte mit der Rückgabepflicht aus § 732 BGB in Verzug geraten und nach §§ 284 Abs.1 Satz 2, 286 Abs.1, 252 BGB dem Kläger unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes zur Entschädigung für entgangenen Gewinn verpflichtet sein.

Die Beklagte wäre mit der ihr obliegenden Leistung nach § 285 BGB allerdings nicht in Verzug gekommen, wenn sie in entschuldbarem Rechtsirrtum geglaubt hätte, zur

Ausübung des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts be-  
fugt zu sein. Die Rechtskraft der Entscheidung, daß die  
Beklagte wegen Fehlens eines Zurückbehaltungsrechts  
zur Herausgabe verpflichtet ist, schließt nicht die Prü-  
fung aus, ob die Beklagte ohne Verschulden an ein Zurück-  
behaltungsrecht glauben durfte. Das Berufungsgericht ist,  
wie aus seiner Bezugnahme auf das Urteil vom 9. März 1959  
zu entnehmen ist, der Auffassung, die Beklagte habe ohne  
grobe Fahrlässigkeit nicht annehmen dürfen, ihr stehe  
ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht zu. Es sieht  
die Beklagte deshalb als bösgläubig im Sinne der §§ 990,  
932 BGB an. Ob diese Auffassung rechtlich einwandfrei  
ist, bedarf keiner Prüfung. Im Gegensatz zu der in § 932  
BGB bestimmten Bösgläubigkeit setzt Verzug nur leichte  
Fahrlässigkeit voraus. An die Entlastung eines Schuld-  
ners durch Rechtsirrtum sind strenge Anforderungen zu  
stellen. Unverschuldeter Rechtsirrtum liegt nur vor, wenn  
der Schuldner mit einer abweichenden Beurteilung durch  
die Gerichte nicht zu rechnen braucht. Grundsätzlich  
muß der Schuldner davon ausgehen, daß er zur Leistung  
verpflichtet ist und sie nur unter ganz besonderen Vor-  
aussetzungen zurückhalten darf (BGH Urt. v. 9. Februar  
1951 - I ZR 35/50 - LM BGB § 285 Nr.1). Hier kann die  
Beklagte sich auf unverschuldeten Rechtsirrtum nicht be-  
rufen. Sie hat unstreitig keinen Rechtsrat eingeholt.  
Hätte sie das getan, so hätte sie von der Auffassung,  
die Rechtsprechung und Schrifttum zur Frage des Mitbe-  
sitzes beim kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht ver-  
treten, Kenntnis erhalten. Im Hinblick auf die gewich-  
tigen, gegen ein Zurückbehaltungsrecht sprechenden Grün-  
de hätte sie sich dann sagen müssen, daß die Gerichte  
ihr möglicherweise ein solches Recht nicht zubilligen  
würden.

Was den Anspruch auf Ersatz von Nutzungen betrifft, so bietet der vorliegende Fall die Besonderheit, daß H. in Konkurs gefallen ist. Aufgabe des Klägers ist die Verwertung der Konkursmasse. Es ist wahrscheinlich, daß der Kläger, wenn die Beklagte die Baumaschinen herausgegeben hätte, sie veräußert und den Erlös auf einem Bankkonto angelegt hätte. Das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, wird daher prüfen müssen, ob der Verzugsschaden, der der Konkursmasse erwachsen ist, nicht etwa lediglich in den entgangenen Zinsen vom Kapital besteht. Andererseits wird es auch der Behauptung des Klägers nachgehen müssen, die Geräte seien dadurch, daß die Beklagte sie jahrelang unbenutzt zurückgehalten habe, entwertet worden.

3. Ob die Beklagte auch, vorausgesetzt, daß sie unredliche Besitzerin gewesen sein sollte, nach § 990 Abs.2 BGB wegen Verzuges mit der nach § 985 BGB begründeten Herausgabe auf Schadensersatz haftet, kann dahingestellt bleiben.

4. Die Beklagte hat sich, soweit sie dem Kläger den gesamthänderischen Mitbesitz entzogen hat, der verbotenen Eigenmacht schuldig gemacht. Sie haftet ihm nach § 992 BGB nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung. Der Schaden des Klägers beschränkt sich indessen insoweit auf den Vermögensnachteil, den er dadurch erlitt, daß er nicht mehr wie vor der Ausübung der verbotenen Eigenmacht Mitbesitz hatte. Er kann dagegen nach § 992 BGB nicht verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn die Beklagte auch ihren Mitbesitz aufgegeben hätte; denn diesen hatte sie mit dem Willen des späteren Gemeinschuldners, also

ohne verbotene Eigenmacht, erlangt. Dafür, daß der Kläger schon dadurch Schaden erlitten habe, daß die Beklagte ihn seines Mitbesitzes entsetzt hat, ist bisher nichts vorge-  
tragen.

5. Daß im übrigen die Beklagte, soweit sie selbst die Baugeräte benutzt hat, zur Zahlung von Nutzungsentschä-  
digung verpflichtet ist, versteht sich von selbst.

B.

I. Bei der Erörterung der Abrechnung über die Bauvor-  
haben geht das Berufungsgericht auf das Vorhaben Unter-  
schweinstiege nicht mehr ein, weil der Kläger sich mit  
seiner Berufung nicht gegen die Versagung der hieraus  
hergeleiteten Forderungen wende, im Gegenteil nach sei-  
nen neuen Darlegungen sich aus der Abrechnung dieses Bau-  
vorhabens ein Guthaben der Beklagten von 13 032,03 DM er-  
gebe. Bei der Abrechnung über das Bauvorhaben Kasernenbau  
geht das Berufungsgericht von der Auffassung aus, daß  
das Guthaben des Klägers aus dieser Beteiligung 46 209,48 DM  
betrage. Das Berufungsgericht meint, selbst wenn zu unter-  
stellen sei, daß der Beklagten, wie sie behauptet, aus dem  
Bauvorhaben Unterschweinstiege ein weiteres Guthaben von  
12 331,12 DM und auf anteilig zu tragende Instandsetzungs-  
arbeiten ein Anspruch von 16 454,06 DM, zusammen 28 785,18 DM  
zustehe, sei der Anspruch des Klägers aus dem Bauvorhaben  
Kasernenbau in der zuerkannten Höhe von 2142,50 DM begrün-  
det.

II. Auch hinsichtlich dieses Betrages hat die Revision  
Erfolg.

1. Die gesamten Ausführungen des Berufungsgerichts sind  
insofern von Irrtum beeinflusst, als die einzelnen Ansprü-

che aus den verschiedenen Bauvorhaben, an denen die Gesellschaft beteiligt war, nicht für sich selbständig geltend gemacht werden können. Die Gesellschaft ist durch die Eröffnung des Konkursverfahrens aufgelöst worden. Es entspricht einhelliger Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum, daß nach Auflösung einer Gesellschaft alle gesellschaftsvertraglich begründeten Ansprüche, die einen Gesellschafter gegen die Gesellschaft oder gegen einen der Gesellschafter zustehen und die auf Zahlung an den anspruchsberechtigten Gesellschafter gerichtet sind, grundsätzlich nicht mehr geltend gemacht werden können. Diese Ansprüche werden mit der Auflösung unselbständige Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung und sind hierbei zu berücksichtigen. Es ist gerade Aufgabe der Auseinandersetzung, daß diese Ansprüche in einem einheitlichen Verfahren Berücksichtigung finden. Der berechtigte Gesellschafter ist darauf angewiesen, die Auseinandersetzung herbeizuführen (BGH Urt. v. 8. Oktober 1952 - II ZR 2/52 - LM § 730 Nr.2 = NJW 1952,1369; Urt. v. 13. Juni 1957 - II ZR 133/56 - WM 1957,1027,1029; BGB RGRK § 730 Anm.9). Nur ausnahmsweise kann von der Auseinandersetzung Abstand genommen werden, wenn die Verhältnisse so einfach liegen, daß sich das, was ein jeder zu beanspruchen hat, ohne besonderes Abrechnungsverfahren ermitteln läßt. Hiervon kann im vorliegenden Fall offensichtlich keine Rede sein.

Die Bedeutung des angeführten Grundsatzes zeigt sich gerade im Falle des Konkurses eines Gesellschafters. Nach § 16 Abs.1 KO erfolgt die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens. Danach sind für Art und Voraussetzung der Auseinandersetzung nicht Bestimmungen der Konkursordnung, sondern bei Beteiligung des Gemeinschuldners an einer Gesellschaft die Vorschriften der §§ 731 ff BGB maßgebend. Nur das sich danach ergebende Guthaben des Gesellschafters, also der Nettoerlös,

fällt in die Konkursmasse (Mentzel/Kuhn, KO 7. Aufl. § 16 Anm.1; BGB RGRK § 728 Anm.3). Soweit es sich um die Auseinandersetzung handelt, sind daher für die Aufrechnung auch nur die Vorschriften der §§ 387 ff, nicht die der Konkursordnung (§§ 53 ff) anzuwenden.

Da der Kläger ausdrücklich den zweiten Hilfsantrag auf seinen angeblichen Anspruch auf Auszahlung des aus dem Bauvorhaben Kasernenbau auf ihn entfallenden Guthabens stützt, ist dieser Klageanspruch unbegründet. Eine Abweisung der Klage in Höhe von 2142,50 DM kann indessen noch nicht erfolgen, weil, nachdem die Sache wegen des Anspruches auf Nutzungsentschädigung an das Berufungsgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen worden ist, nicht eindeutig feststeht, ob der Klage auf Zahlung von insgesamt 20 000 DM nicht schon auf Grund dieses Anspruches stattzugeben ist.

Die Entscheidung, daß die Klage, soweit sie auf den zweiten Hilfsantrag gestützt wird, unbegründet ist, hindert den Kläger nicht, sein vermeintliches Auseinandersetzungsguthaben aus der Auflösung der Gesellschaft in einem neuen Rechtsstreit geltend zu machen. Der Kläger wird alsdann eine erschöpfende Auseinandersetzungsrechnung aufmachen und in ihr die Aktiv- und Passivposten gegenüberstellen müssen. Ihm liegt der Beweis ob, daß sich für den Gemeinschuldner danach ein Nettoguthaben ergibt. Im Auseinander-

setzungsverfahren ist ist . . . Kläger als Konkursverwalter an die Stelle des Gemeinschuldners getreten. Er hat gemeinsam mit der Beklagten die Abwicklungsgeschäfte durchzuführen. Es ist daher nicht nur Pflicht der Beklagten, sondern auch seine Pflicht, mit den Schuldnern der Gesellschaft die Abrechnung zu betreiben und etwa durch Nachforschungen festzustellen, für welche Arbeiten ein Entgelt gezahlt ist.

C. 5.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Nach § 717 Abs.3 ZPO war der Kläger auf Antrag der Beklagten zur Erstattung dessen zu verurteilen, was er auf Grund des aufgehobenen Urteils von der Beklagten gezahlt erhalten hat. Da die Beklagte am 18. Dezember 1961 einen Betrag von 24 880,90 DM gezahlt hat, war sie zu dessen Rückzahlung zu verurteilen. Der Zinsanspruch rechtfertigt sich aus §§ 717 Abs.3 Satz 4, 291 BGB. Die Zinshöhe beträgt nach § 288 BGB 4 von Hundert. Mit dem weitergehenden Zinsanspruch war die Beklagte abzuweisen. Bei der Zahlung zur Abwen-

dung der Zwangsvollstreckung handelte es sich nicht  
um ein beiderseitiges Handelsgeschäft.

Dr.Haidinger      Artl      Dr.Mezger      Dr.Messner      Mormann