

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 125/70

Verkündet am
27. April 1972

_____,
Amtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Diplomkaufmanns Hans M _____, B _____ v.d.H.,
B _____ Weg _____,

Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. _____
und Prof. Dr. _____ -

gegen

1. die Firma G _____ & K _____ oHG in Liquidation,
jetzt B _____ S _____/T _____, J _____ H _____-Straße _____, vertreten
durch ihre Gesellschafter, den Makler Gerhard G _____
und den Kaufmann Wolfgang K _____ als Liquidatoren,

2. den Makler Gerhard G e _____, F _____,
S _____ L _____,

Beklagte des 1. Rechtszuges und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter
1. Instanz der Beklagten
zu 1 und 2:

Rechtsanwalt _____ in F _____ -

3. den Kaufmann Wolfgang K _____, F _____/M _____,
M _____ Straße _____,

Beklagten, Berufungskläger, Re-
visionsbeklagten und Streithelfer
der Beklagten zu 1 und 2,

- Prozeßbevollmächtigter
des Beklagten zu 3:

Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. _____ -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. April 1972 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 27. Mai 1970 wird zurückgewiesen, soweit es den Herausgabeanspruch gegen den Beklagten Koch betrifft.

Im übrigen wird das Berufungsurteil aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung über den Zahlungsanspruch gegen den Beklagten K. an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Im Jahre 1962 verhandelte der Kläger mit der beklagten Firma, einer offenen Handelsgesellschaft, deren Gesellschafter die Beklagten G. [REDACTED] und K. [REDACTED] waren, über die Errichtung eines Fertighauses auf seinem Grundstück in Bad Homburg v.d.H. Unter dem 28. Mai 1963 schloß er hierüber zwei Verträge: erstens einen Kaufvertrag, in dem als Lieferant die finnische Firma O. K. [REDACTED], vertreten durch die beklagte Firma, bezeichnet ist, über die Lieferung eines Fertighauses zum Preise von 45.000 DM; zweitens einen als "Vermittlungsauftrag" bezeichneten Vertrag mit der beklagten Firma über die schlüsselfertige Erstellung des Hauses zum Preise von 84.640 DM. Gemäß dem Kaufvertrag stellte der Kläger eine Bankgarantie der Frankfurter Sparkasse von 1822 zu Gunsten der beklagten Firma in Höhe von 30.000 DM. Er leistete Teilzahlungen an die beklagte Firma, die er mit insgesamt 39.800 DM beziffert.

Die Teile des Fertighauses wurden angeliefert. Die beklagte Firma begann Anfang August 1963 mit ihren Arbeiten. Das Haus wurde jedoch nicht, wie versprochen, am 1. Dezember 1963 fertig. Am 8. Februar 1964 leitete der Kläger ein Beweissicherungsverfahren wegen des baulichen Zustandes, etwaiger Mängel und des Wertes des "im Rohbau" befindlichen Fertighauses ein. Mit Schreiben vom 10. Februar 1964 "verzichtete" er auf weitere Leistungen der beklagten Firma.

In der Folge stellte er den Bau auf eigene Rechnung fertig. Dabei verwandte er weitere Fertigteile des Hauses.



Mit der - am 17. September 1964 eingereichten und am 9. Oktober 1964 zugestellten - Klage hat der Kläger von allen drei Beklagten u.a. Rückgabe der Bankgarantie über 30.000 DM sowie Zahlung von 40.273,90 DM nebst Zinsen gefordert.

Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 4. April 1968 die drei Beklagten zur Herausgabe der Bankgarantie und zur Zahlung von 14.800 DM nebst Zinsen verurteilt.

Gegen dieses Urteil hat nur der Beklagte Koch Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat darauf die Zahlungsklage des Klägers gegen alle drei Beklagten in Höhe des im landgerichtlichen Teilurteil zuerkannten Betrages abgewiesen. Die vom Landgericht ausgesprochene Verurteilung der drei Beklagten zur Herausgabe der Bankgarantie hat das Berufungsgericht aufgehoben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Der Beklagte K ist im Laufe des Revisionsverfahrens den beiden anderen Beklagten als Streithelfer beigetreten. Er beantragt, die Revision gegen alle drei Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise: die Klage gegen die beklagte Gesellschaft in der Hauptsache für erledigt zu erklären. Der Kläger hat sich dieser Erledigungserklärung nicht angeschlossen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Revision richtet sich nicht nur gegen den Beklagten K., sondern auch gegen die beiden anderen Beklagten. Der Kläger macht nämlich in der Revisionsbegründung geltend, dem Beklagten K. seien gemäß § 129 Abs. 1 HGB sämtliche Einwendungen der beklagten Gesellschaft abgeschnitten, welche diese infolge Rechtskraft des landgerichtlichen Urteils verloren habe. Dieser Standpunkt des Klägers setzt voraus, daß er mit seiner Revision das Berufungsurteil nicht nur insoweit beseitigen will, als es den Beklagten K., sondern auch insoweit, als es die beklagte Gesellschaft betrifft; denn nur dann könnte die landgerichtliche Verurteilung der beklagten Gesellschaft - nach Aufhebung des für sie günstigen Berufungsurteils - in Rechtskraft erwachsen. Die Revision des Klägers ist daher verständigerweise dahin auszulegen, daß sie sich nicht nur gegen den Beklagten Koch, sondern gegen alle drei Beklagten richtet. Davon gehen übrigens auch die Parteien übereinstimmend aus.

2. Die beklagte Gesellschaft und der Beklagte Gembicki werden, seitdem der Beklagte K. ihnen als Streithelfer beigetreten ist, durch ihn mitvertreten (§ 67 ZPO).

Die Streithilfe ist zulässig (§ 62 ZPO); denn K. hat - wegen der vom Kläger ihm gegenüber geltend gemachten Ausschlußwirkung gemäß § 129 Abs. 1 HGB - ein rechtliches Interesse daran, daß der Zahlungsanspruch des Klägers gegen die beklagte Gesellschaft abgewiesen bleibt, es also insoweit bei dem Berufungsur-

teil sein Bewenden hat. Der Kläger hat gegen die Zulässigkeit der Streithilfe auch keine Einwendungen erhoben.

3. Die Revision ist zulässig. Es fehlt nicht etwa an einer Revisionsbegründung hinsichtlich des Herausgabeanspruchs, wie der Beklagte K. das in seiner Revisionsantwort zunächst gemeint hatte. Die Beklagten müssen die Bankgarantie dann an den Kläger zurückgeben, wenn die beklagte Firma gegen ihn keinen Zahlungsanspruch mehr hat, zu dessen Sicherung die Bankgarantie bestimmt ist. Indem der Kläger in der Revisionsbegründung ausführt, nicht er schulde der Beklagten Zahlung, sondern umgekehrt die Beklagte ihm, behauptet er zugleich das Bestehen einer Herausgabepflicht der Beklagten. Damit hat er seine Revision auch insoweit ausreichend begründet (vgl. auch Abschn. II der Revisionsbegründung), was der Beklagte K. übrigens in der letzten Revisionsverhandlung nicht mehr verkannt hat.

4. Soweit es um die beklagte Gesellschaft und den Beklagten G. (Beklagte zu 1 und 2) geht, kann das Berufungsurteil schon aus einem prozessualen Grunde keinen Bestand haben. Da diese beiden Beklagten keine Berufung gegen das landgerichtliche Urteil eingelegt haben, ist der Rechtsstreit insoweit dem Berufungsgericht nicht zur Entscheidung angefallen.

a) Das Berufungsgericht meint allerdings, alle drei Beklagten seien notwendige Streitgenossen (§ 62 ZPO); deswegen habe die vom Beklagten K. eingelegte Berufung auch zu Gunsten der beiden anderen Beklagten gewirkt.

Das trifft nicht zu. Der Bundesgerichtshof hat in seiner - nach Erlaß des Berufungsurteils ergangenen - Entscheidung BGHZ 54, 251 ausgesprochen, daß in solchem Fall keine notwendige, sondern nur eine einfache Streitgenossenschaft besteht. Daran ist festzuhalten.

b) Die Ansicht des Beklagten K., der Senat dürfe im vorliegenden Fall diese Rechtsauffassung nicht anwenden, weil er (K.) bei Einlegung der Berufung auf die Fortdauer der früheren gegenteiligen oberstgerichtlichen Rechtsprechung hätte vertrauen dürfen, geht fehl. Grundsätzlich besteht kein Schutz für das Vertrauen auf den Fortbestand einer Rechtsprechung, erst recht nicht bei Rechtsfragen, die - wie hier - seit langem streitig waren. Die Gegenmeinung würde zu einer untragbaren Versteinerung der Rechtsprechung führen. Ob es Ausnahmefälle gibt, in denen anders zu entscheiden wäre, braucht hier nicht erörtert zu werden; denn ein solcher Fall kommt hier keinesfalls in Betracht.

c) Der Beklagte K. hat die Berufung somit nur für sich selbst, nicht auch in Vertretung der beiden anderen Beklagten eingelegt; er war damals auch noch nicht ihr Streithelfer.

d) Das Berufungsgericht war infolgedessen, da die Sache ihm insoweit nicht zur Entscheidung angefallen war, nicht befugt, auf die allein vom Beklagten K. eingelegte Berufung hin, das landgerichtliche Urteil zu Gunsten der beiden anderen Beklagten abzuändern. Wegen dieses Rechtsfehlers muß das Berufungsurteil insoweit aufgehoben werden, womit ohne weiteres das landgerichtliche Urteil gegen die beklagte Gesellschaft und den Beklagten

Gembicki (Beklagte zu 1 und 2) wiederhergestellt ist, ohne daß es eines weiteren Ausspruchs im Revisionsurteil hierzu bedarf.

e) Eine Sachentscheidung im Verhältnis zwischen dem Kläger und den Beklagten zu 1 und 2 kann das Revisionsgericht nicht treffen. Im Rahmen der Nachprüfung des Berufungsurteils kann es das landgerichtliche Urteil nur insoweit ändern, als das Berufungsgericht das hätte tun können und müssen.

f) Das Revisionsgericht kann aus demselben Grunde auch nicht die von den Revisionsbeklagten hilfsweise begehrte Feststellung der Erledigung der Hauptsache im Verhältnis des Klägers zu der beklagten Gesellschaft aussprechen. Auf Erledigung der Hauptsache kann nur erkannt werden, wenn die Voraussetzungen für den Erlaß eines Sachurteils gegeben sind (vgl. BGH LM Nr. 26 zu § 91 a ZPO).

Es kommt daher nicht darauf an, ob das Landgericht, statt die Beklagte zu 1 zu verurteilen, richtigerweise die Erledigung der Hauptsache hätte feststellen müssen, weil die Gesellschaft, wie unten noch auszuführen, damals schon nicht mehr bestand (vgl. Fischer in Großkomm. HGB, 3. Aufl. § 124, Anm. 33).

II.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dem Beklagten Koch seien alle Einwendungen der beklagten Gesellschaft erhalten geblieben. Es begründet das allerdings irrig damit, daß zwischen der beklagten Gesellschaft und den beiden anderen Beklagten notwendige Streitgenos-

senschaft bestanden hätte. Trotzdem hat das Berufungsgericht mit seiner Auffassung im Ergebnis recht.

1. Der Kläger beruft sich zur Begründung des von ihm angenommenen Ausschlusses von Einwendungen zu Lasten des Beklagten Koch auf § 129 Abs. 1 HGB. Danach kann der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, der wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können. Der Kläger meint, da die landgerichtliche Verurteilung der beklagten Gesellschaft nicht mit der Berufung angefochten worden sei, führe die Rechtskraft des landgerichtlichen Urteils dazu, daß der beklagten Gesellschaft und damit gemäß § 129 Abs. 1 HGB auch dem Beklagten Koch alle Einwendungen abgeschnitten seien, welchen die Rechtskraft der genannten Verurteilung entgegenstehe.

2. § 129 Abs. 1 HGB ist jedoch im vorliegenden Fall schon aus folgendem Grunde nicht anwendbar:

Bei Erlaß des landgerichtlichen Urteils bestand die beklagte Gesellschaft nicht mehr, auch nicht als Liquidationsgesellschaft. Das ist in der Berufungsinstanz unstreitig geworden, wie der Tatbestand des Berufungsurteils und die in dieser Instanz gewechselten Schriftsätze ergeben, die Parteien auch in der letzten Revisionsverhandlung übereinstimmend erklärt haben. Unstreitig ist der Beklagte K. am 17. November 1966 aus der Gesellschaft (Beklagten zu 1) ausgeschieden, die bis dahin aus ihm und dem Beklagten G. (Beklagten zu 2) bestanden hatte. Unstreitig hat von da ab bis Ende 1966 G. das Handelsgeschäft ohne Liquidation unter Über-

nahme aller Aktiven und Passiven als Einzelkaufmann fortgeführt. Somit war mit dem Austritt Kochs am 17. November 1966 die Gesellschaft, ohne in ein Liquidationsstadium getreten zu sein, alsbald voll beendet worden. Die Beklagte zu 1 bestand von da ab nicht mehr. Das Gesellschaftsvermögen war mit dem Ausscheiden Kochs dem allein übriggebliebenen G. angewachsen (vgl. BGHZ 32, 307, 315 f; 48, 203, 206; 50, 307; BGH LM Nr. 15 zu § 142 HGB; Fischer aaO § 124 Anm. 34).

Der zum 1. Januar 1967 erfolgte Eintritt eines neuen Gesellschafters Fricke in das Handelsgeschäft des Einzelkaufmanns G. erweckte die alte Gesellschaft (Beklagte zu 1) nicht wieder zum Leben. Es entstand vielmehr eine neue Gesellschaft, die aber nicht Prozeßpartei des gegenwärtigen Rechtsstreits geworden ist.

Das Landgericht hätte also auf Grund der Verhandlung vom 29. Februar 1968 am 4. April 1968 kein Urteil gegen die Beklagte zu 1 erlassen dürfen, weil es diese nicht mehr gab.

Aus demselben Grund, nämlich weil die beklagte Gesellschaft nicht mehr bestand, entfällt im vorliegenden Fall auch die Anwendbarkeit des § 129 Abs. 1 HGB; denn diese Vorschrift setzt das Bestehen einer Gesellschaft, mindestens im Liquidationsstadium, voraus. Nach § 129 Abs. 1 HGB kann der Gesellschafter keine Einwendungen geltend machen, die die Gesellschaft nicht erheben kann. Davon, daß der Gesellschaft Einwendungen zustehen oder nicht zustehen, kann aber nur gesprochen werden, wenn überhaupt eine Gesellschaft besteht. Fehlt es daran, so fehlt auch die Grundlage für eine Anwendung des § 129 Abs. 1 HGB.

III.

1. Das Berufungsgericht hat den Zahlungsanspruch des Klägers gegen den Beklagten Koch abgewiesen.

Das ist nicht frei von Rechtsirrtum, wie die Revision zutreffend rügt:

a) Nicht zu beanstanden ist allerdings, daß das Berufungsgericht bei der Bewertung der vom Kläger übernommenen Fertigteile den Betrag von 45.000 DM zu Grunde legt, der im Kaufvertrag als Preis für diese Teile vereinbart worden war. Diese Bewertung der Fertigteile mit 45.000 DM im Kaufvertrag einerseits und der Vergütung von 84.640 DM für die im "Vermittlungsauftrag" enthaltenen Montagearbeiten andererseits, ist, worauf das Berufungsgericht zutreffend hinweist, unabhängig davon, ob der Vertragspartner des Klägers bei beiden Verträgen die beklagte Gesellschaft oder beim Kaufvertrag die finnische Firma war. Im übrigen geht das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß davon aus, daß die beklagte Gesellschaft dem Kläger für die Erfüllung des Kaufvertrages durch die finnische Firma selbst einzustehen hatte.

b) Der Kläger hat unstreitig die an der Baustelle lagernden Fertigteile verwertet, als er selbst das Haus zu Ende baute. Dann muß er diese Fertigteile aber auch bezahlen, und zwar mit dem im Kaufvertrag vereinbarten Kaufpreis von 45.000 DM, vorbehaltlich etwaiger Mängel dieser Teile (darüber unten).

Ohne Erfolg beruft sich die Revision demgegenüber darauf, der Kläger habe den angefangenen Bau nicht abgenommen. Nachdem er auf weitere Leistungen der Be-

klagten "verzichtet", das Haus vielmehr unter Verwendung der vorhandenen Fertigteile selbst zu Ende gebaut und in Benutzung genommen hat, kann er sich nach Treu und Glauben nicht mehr darauf berufen, es fehle an einer Abnahme des Bauwerks.

c) Mit Recht rügt die Revision aber, daß das Berufungsgericht den Kaufpreis der Fertigteile voll mit 45.000 DM angesetzt hat, ohne eine mangelbedingte Minderung zu berücksichtigen.

Der Abzug von 8.000 DM, den es, dem zweiten Gutachten Hübner folgend, macht, bezieht sich nicht auf Mängel der Fertigteile, sondern auf Mängel der Montagearbeiten der beklagten Firma. Mängel der Fertigteile läßt der Gutachter H. ausdrücklich außer Betracht. Da aber das Berufungsgericht (§. 14 oben BU) auch insoweit die beklagte Firma als dem Kläger gegenüber verantwortlich erachtet, durfte es die Mängel der Fertigteile nicht unberücksichtigt lassen.

d) Es sagt allerdings, der Kläger habe nicht substantiiert dargelegt, daß die Fertigteile unvollständig oder mangelhaft gewesen seien.

Das erste Gutachten Hübner ist jedoch zu einem wesentlich niedrigeren Wert der Fertigteile gelangt als 45.000 DM, nämlich nur zu 25.000 DM. Das Gutachten Probst hat sogar nur einen Wert der Fertigteile von 12.000 DM angenommen. Das zweite Gutachten H. nennt ausdrücklich bestimmte Mängel der Fertigteile, nämlich: die Dämmung innerhalb der Holztafeln sei ungenügend oder gar nicht vorhanden, sowie: die Bretter seien nicht vollkantig.

Damit waren die Mängel der Fertigteile hinreichend genau bezeichnet. Daß der Kläger sich diese ihm günstigen Ausführungen des Sachverständigen für seinen Sachvortrag zu eigen machte, mußte das Berufungsgericht bei der gegebenen Lage ohne weiteres annehmen.

e) Nach alledem ist das Berufungsurteil auch wegen der Abweisung des Zahlungsanspruchs gegen den Beklagten K. aufzuheben. Die Sache bedarf insoweit weiterer tatrichterlicher Aufklärung. Sie ist daher in diesem Umfange an das Berufungsgericht zurückzuverweisen,

2. Die vom Landgericht ausgesprochene Verurteilung des Beklagten K. zur Herausgabe der Bankgarantie hat das Berufungsgericht aufgehoben und die Sache insoweit an das Landgericht zurückverwiesen.

Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg. Da das Landgericht zur Herausgabe der Bankgarantie nur verurteilen durfte, wenn kein Zahlungsanspruch der beklagten Firma (bzw. ihres Rechtsnachfolgers G.) gegen den Kläger mehr bestand, so durfte das Landgericht ein Teilurteil über den Herausgabeanspruch, solange das Schicksal des Zahlungsanspruchs unklar war, nicht erlassen. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoß im Erlaß des Teilurteils über den Herausgabeanspruch einen Mangel im Verfahren des Landgerichts gesehen, der es nach § 539 ZPO zur Aufhebung und Zurückverweisung an das Landgericht berechnete.

IV.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision
wird dem Berufungsgericht übertragen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke