



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZR 31/09

vom

18. Januar 2010

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 738 Abs. 1 Satz 2; HGB § 128

Dem ausgeschiedenen Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft steht gegenüber dem Anspruch der Gesellschaft auf Ausgleich eines negativen Auseinandersetzungsguthabens kein Freistellungsanspruch und damit kein darauf gestütztes Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich in der Auseinandersetzungsbilanz passivierter Sozialansprüche einzelner Gesellschafter gegen die Gesellschaft zu. Der ausgeschiedene Gesellschafter kann Freistellung nach § 738 Abs. 1 Satz 2 2. Halbs. BGB nur von gemeinschaftlichen Schulden, d.h. von Verbindlichkeiten der Gesellschaft verlangen, für die er analog § 128 HGB haftet. Für Sozialansprüche besteht keine Haftung analog § 128 HGB.

BGH, Beschluss vom 18. Januar 2010 - II ZR 31/09 - KG

LG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 18. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Caliebe, Dr. Drescher, Dr. Löffler und Bender

einstimmig beschlossen:

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass der Senat beabsichtigt, die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts vom 9. Januar 2009 durch Beschluss nach § 552 a ZPO zurückzuweisen.

Streitwert: 60.986,85 €

Gründe:

- 1 Zulassungsgründe liegen nicht vor. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.
- 2 1. a) Die Frage, derentwegen das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, hat der Senat nach Erlass des Berufungsurteils mit Beschluss vom 9. März 2009 (II ZR 131/08, ZIP 2009, 1008 Tz. 9) entschieden, so dass insoweit kein Zulassungsgrund (mehr) besteht.
- 3 b) Weitere Zulassungsgründe liegen nicht vor. Insbesondere hat das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision das Recht der Beklagten auf

Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG i.V.m. § 139 ZPO nicht verletzt. Die Beklagten haben die sie treffende Darlegungslast für das Vorhandensein von Gesellschaftsschulden, von denen sie Befreiung verlangen, nicht "offensichtlich übersehen", sondern haben ihr genügt, und das Berufungsgericht hat den dazu gehaltenen Vortrag gewürdigt.

- 4            Nachdem die Beklagten erstinstanzlich ein Zurückbehaltungsrecht im Hinblick auf die Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber den Banken sowie "hinsichtlich aller sonstigen Ansprüche Dritter gegen die Klägerin, die in der Auseinandersetzungsbilanz passiviert sind", geltend gemacht haben, hat das Landgericht die Beklagten zur Zahlung (nur) Zug um Zug gegen Freistellung von den Verbindlichkeiten gegenüber den Banken verurteilt. In ihrer Berufungsbegründung haben die Beklagten darauf hingewiesen, dass auch die übrigen in der Auseinandersetzungsbilanz als gemeinschaftliche Schulden eingestuftten Verbindlichkeiten von dem von ihnen geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht umfasst seien, haben diese ausdrücklich benannt (Refinanzierungseinzahlungen, Refinanzierungsanteil, Rückzahlungsansprüchen von Mietern) und die Ansicht vertreten, ihr Freistellungsanspruch gegen die Klägerin hätte im Rahmen der Zug-um-Zug-Verurteilung auch hinsichtlich **dieser Verbindlichkeiten** tituliert werden müssen. Das Berufungsgericht hat sich sodann im Hinweisbeschluss vom 22. August 2008 ausdrücklich mit diesem Einwand beschäftigt, hinsichtlich der einzelnen von den Beklagten benannten Verbindlichkeiten das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts verneint und den Beklagten u.a. hierzu eine einmonatige Stellungnahmefrist eingeräumt. In dem darauf folgenden Schriftsatz der Beklagten sind diese der - ablehnenden - Ansicht des Beru-

fungungsgerichts mit keinem Wort entgegengetreten. Angesichts dessen ist für den von der Revision reklamierten Verstoß gegen § 139 ZPO ersichtlich kein Raum.

5                   2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

6                   a) Soweit die Revision identische Angriffe enthält, wie sie der Beklagte im Verfahren II ZR 131/08 - den gleichen Lebenssachverhalt betreffend - erhoben hat, verweist der Senat zur Begründung auf den in dieser Sache ergangenen Beschluss vom 9. März 2009 (aaO Tz. 6-9).

7                   b) Die Revision wendet sich vergeblich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, bei den in der Auseinandersetzungsbilanz passivierten Refinanzierungseinzahlungen und Refinanzierungsanteilen handele es sich um Sozialansprüche einzelner Gesellschafter gegen die Klägerin, für die die Beklagten als Mitgesellschafter nicht einzustehen hätten (vgl. BGHZ 37, 299, 301 f.; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl. § 714 Rdn. 39; MünchKommHGB/K. Schmidt 2. Aufl. § 128 Rdn. 12; Staub/Habersack, HGB 5. Aufl. § 128 Rdn. 12 jew. m.w.Nachw.), so dass den Beklagten mangels interner Ausgleichspflicht gegenüber ihren Mitgesellschaftern kein Freistellungsanspruch und damit kein Zurückbehaltungsrecht zustehe. Diese Beurteilung ist zutreffend: Freistellung kann der Gesellschafter gemäß § 738 Abs. 1 BGB nur für gemeinschaftliche Schulden, d.h. für Verbindlichkeiten der Gesellschaft verlangen, für die er analog § 128 HGB haftet (Ulmer/Schäfer, § 738 Rdn. 80; Erman/H.P. Westermann, BGB 12. Aufl., § 738 Rdn. 9; vgl. iE schon Senat, Beschl. aaO Tz. 11).

- 8 c) Die weiteren Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO).

Goette

Caliebe

Drescher

Löffler

Bender

**Hinweis:** Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 16.02.2007 - 22 O 254/06 -

KG, Entscheidung vom 09.01.2009 - 14 U 46/07 -