



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZR 131/08

vom

9. März 2009

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 738 Abs. 1

- a) Beruft sich der ausgeschiedene Gesellschafter gegenüber der Ausgleichsforderung der Gesellschaft nach § 738 Abs. 1 i.V.m. § 739 BGB auf ein Zurückbehaltungsrecht, gestützt auf seinen Anspruch auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden (§ 738 Abs. 1 Satz 2 BGB), ist er für das Bestehen derartiger Schulden darlegungs- und beweispflichtig.
- b) Hat der ausgeschiedene Gesellschafter mit einem von mehreren Gesellschaftsgläubigern eine Haftungsbeschränkung vereinbart (hier: quotale und auf einen Teil der Darlehenssumme beschränkte persönliche Haftung), kann er sich im Innenverhältnis gegenüber dem Anspruch der Gesellschaft auf Ausgleich seines negativen Auseinandersetzungsguthabens auf diese im Außenverhältnis mit dem Gläubiger vereinbarte Haftungsbeschränkung nicht berufen. Die Gesellschaft ist berechtigt, ihre Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger in der vollen, von ihr zum Stichtag des Ausscheidens geschuldeten Höhe grundsätzlich in die Auseinandersetzungsbilanz einzustellen.
- c) Nachschusszahlungen der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen sind in der Auseinandersetzungsbilanz gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter unabhängig davon zu passivieren, ob sie aufgrund eines wirksamen oder eines unwirksamen Gesellschafterbeschlusses geleistet worden sind, oder ob sich die Gesellschaft gegenüber dem Rückzahlungsverlangen eines Gesellschafters auf Verjährung berufen kann.

BGH, Beschluss vom 9. März 2009 - II ZR 131/08 - LG Berlin  
KG Berlin

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 9. März 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Caliebe und Dr. Drescher

gemäß § 544 Abs. 7 ZPO

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten wird das Urteil der 23. Zivilkammer des Kammergerichts Berlin vom 10. April 2008 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Wert des Beschwerdeverfahrens: 48.922,32 €

#### Gründe:

- 1 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat den Anspruch des Beklagten auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es den Ausspruch über den Umfang des Zurückbehaltungsrechts im Tenor zu Lasten des Beklagten um die Befreiung von den "sonstigen Verbindlichkeiten" verkürzt hat, ohne dem Beklagten zuvor Gelegenheit zu geben, zu Art und Umfang dieser weiteren Verbindlichkeiten vorzutragen.

- 2 I. 1. Noch zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass eine hinreichende Konkretisierung der ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten gemäß § 273 BGB begründenden Gesellschaftsverbindlichkeiten für eine etwaige Zwangsvollstreckung (§ 756 ZPO) erforderlich ist (siehe Sen.Urt. v. 3. Mai 1999 - II ZR 32/98, ZIP 1999, 1003, 1004). Der Beklagte ist als Gläubiger des Schuldbefreiungsanspruchs aus § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB darlegungs- und beweispflichtig für das Vorhandensein von Gesellschaftsschulden, soweit er Befreiung von ihnen verlangt (RGZ 60, 155, 159; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer 5. Aufl. § 738 Rdn. 77; MünchKommHGB/K. Schmidt 2. Aufl. § 131 Rdn. 109 jew. m.w.Nachw.). Diese ihn treffende Verpflichtung hat der Beklagte bei der Geltendmachung seines auf §§ 738 Abs. 1 Satz 2, 273 Abs. 1 BGB gestützten Zurückbehaltungsrechts offensichtlich übersehen. In einer solchen Situation ist das Gericht gemäß § 139 Abs. 2 Satz 1 ZPO verpflichtet, der Partei einen Hinweis zu erteilen und ihr die Möglichkeit zu eröffnen, ergänzend vorzutragen. Diese Pflicht besteht insbesondere dann, wenn, wie hier, das Landgericht den Eindruck erweckt hat, auf den vom Berufungsgericht für maßgeblich gehaltenen Gesichtspunkt komme es nicht an (Zöller/Greger, ZPO 27. Aufl. § 139 Rdn. 6 m.w.Nachw.).
- 3 2. Dadurch, dass das Berufungsgericht diesen Hinweis nicht erteilt hat, hat es den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Beklagte nach einem entsprechenden Hinweis zu Art und Umfang der sonstigen Gesellschaftsschulden, hinsichtlich derer er Befreiung verlangt, in einer die Zwangsvollstreckung ermöglichenden Art ergänzend, die Verbindlichkeiten genauer individualisierend vorgetragen hätte.

4 II. Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren, in dem das Berufungsgericht dem Beklagten und gegebenenfalls auch der Klägerin Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag geben muss, weist der Senat auf Folgendes hin:

5 Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass der Klägerin gegen den Beklagten ein Anspruch auf Ausgleich des negativen Auseinandersetzungsguthabens in Höhe von 48.922,32 € zusteht.

6 1. a) Anders als der Beklagte meint, hat das Berufungsgericht zu Recht bei der Auslegung von § 15 des Gesellschaftsvertrages die Unklarheitenregelung des § 305 c BGB nicht angewandt. Die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB sind gemäß § 310 Abs. 4 BGB auch dann nicht auf Gesellschaftsverträge anwendbar, wenn diese für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und dadurch die Voraussetzungen der AGB-Definition (§ 305 Abs. 1 BGB) erfüllen sollten (MünchKommBGB/Ulmer aaO § 705 Rdn. 139 m.w.Nachw.). Gesellschaftsverträge von Publikumsgesellschaften wie der vorliegenden unterliegen nach der ständigen Senatsrechtsprechung (siehe nur Sen.Urt. v. 19. März 2007 - II ZR 73/06, ZIP 2007, 812 Tz. 18 m.w.Nachw.) der objektiven Auslegung und werden dadurch der richterlichen Inhaltskontrolle unterworfen.

7 b) Die Auslegung des Berufungsgerichts, nach der der Beklagte nach dem Gesellschaftsvertrag zum Ausgleich eines negativen Auseinandersetzungsguthabens verpflichtet ist, ist zutreffend. Die Regelung in § 15 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages stellt aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers ausschließlich auf den objektiven Wert des Anteils für einen Dritten ab; dieser kann auch negativ sein. Dass die Möglichkeit eines negativen Anteilswerts durchaus gesehen wurde, folgt im Übrigen aus § 15 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrages, in dem eine ausdrückliche Regelung "nur" für den Fall eines positiven Auseinandersetzungsguthabens getroffen wird.

8                    2. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Klä-  
gerin die Darlehensverbindlichkeit gegenüber der C.                    bank AG in der  
Auseinandersetzungsrechnung passivieren durfte. Der Darlehensvertrag ist  
wirksam, da die der T.                    erteilte Vollmacht nicht gegen Art. 1 § 1 Abs. 1  
Satz 1 RBerG verstieß (siehe nur BGH, Urt. v. 18. Juli 2006 - XI ZR 143/05,  
ZIP 2006, 1622, Tz 24). Hier kommt hinzu, dass ausweislich von § 2 Nr. 2 des  
Treuhandvertrages die Treuhänderin T.                    damit betraut war, die Verträ-  
ge nach § 7 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages, mithin auch die Darlehensver-  
träge, auszuhandeln "und nach Maßgabe der Beschlüsse der Gesellschafter-  
versammlung abzuschließen". Angesichts dieser Weisungszuständigkeit der  
Gesellschafterversammlung ist für einen Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz  
ersichtlich kein Raum.

9                    3. a) Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, dass die Klägerin  
die Darlehensforderung der E.                    AG in voller Höhe passivieren durfte.  
Das Berufungsgericht unterscheidet zu Recht zwischen der im Innenverhältnis  
zur Klägerin bestehenden Ausgleichspflicht des Beklagten für nicht durch das  
Gesellschaftsvermögen gedeckte Verbindlichkeiten (§ 739 BGB) und der im  
Außenverhältnis gegenüber der E.                    AG bestehenden Haftung des Be-  
klagten gemäß § 128 ff. HGB analog. Nur im Außenverhältnis kann sich der  
Beklagte gemäß § 129 Abs. 1 HGB auf die zwischen ihm und der E.                    AG  
vereinbarte Haftungsbeschränkung berufen. Ein Ausnahmefall, in dem die Haf-  
tung im Innen- und Außenverhältnis ausnahmsweise aufgrund Parteivereinba-  
rung deckungsgleich ist, liegt ersichtlich nicht vor.

10                    b) Eine unzulässige Kündigungsbeschränkung (§ 723 Abs. 3 BGB) liegt  
in dieser Berechnung des Ausgleichsanspruchs durch die Klägerin entgegen  
der Ansicht des Beklagten nicht. Auch bei einer Auflösung der Gesellschaft wä-  
re der Beklagte gemäß § 739 BGB zum Ausgleich der nicht durch das Gesell-

schaftsvermögen gedeckten Verbindlichkeiten in der von der Klägerin berechneten Höhe verpflichtet. Im Falle seines Ausscheidens soll der Beklagte gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB aber nur so gestellt werden, wie er bei Auflösung der Gesellschaft stehen würde.

11           4. a) Im Ergebnis zu Recht ist das Berufungsgericht von der Berechtigung der Klägerin ausgegangen, die von den übrigen Gesellschaftern geleisteten Nachschusszahlungen zu passivieren. Haben die Gesellschafter mit Rechtsgrund geleistet oder kann sich die Klägerin gegenüber Rückzahlungsforderungen der Gesellschafter auf Verjährung berufen, handelt es sich bei den Zahlungen in das Gesellschaftsvermögen um zu passivierende Einlagen der Gesellschafter. Sind die Zahlungen ohne Rechtsgrund geleistet worden und in unverjährter Zeit seitens der Gesellschafter rückforderbar, handelt es sich um Verbindlichkeiten der Klägerin gegenüber den Gesellschaftern, die ebenfalls zu passivieren sind.

12           b) Nur ergänzend weist der Senat darauf hin, dass sich der Beklagte im Zusammenhang mit der Passivierung der Nachschusszahlungen gegenüber der Klägerin ohnehin widersprüchlich und treuwidrig verhält. Die Klägerin hat in der Auseinandersetzungsrechnung zu seinen Gunsten sämtliche von ihm erbrachten Nachschusszahlungen anspruchsmindernd, d.h. die von ihm geschuldete

Ausgleichsforderung reduzierend berücksichtigt, ohne sich ihm gegenüber, wozu sie nach der Argumentation des Beklagten in erheblichem Umfang berechtigt gewesen wäre, auf Verjährung zu berufen.

Goette

Kurzwelly

Kraemer

Caliebe

Drescher

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 03.05.2007 - 19 O 278/06 -

KG Berlin, Entscheidung vom 10.04.2008 - 23 U 84/07 -