

65. Kann der vertretungsberechtigte Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, der gegen die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages ohne Genehmigung der übrigen Gesellschafter im Namen der Gesellschaft aus Mitteln der Gesellschaft ein Grundstück in der Zwangsversteigerung erstanden hat, gegen den Anspruch der Mitgesellschafter auf Rückzahlung des für den Erwerb aus der Gesellschaftskasse Entnommenen zur Gesellschaftskasse geltend machen, daß er zur Rückzahlung nur Zug um Zug gegen Auflassung des auf den Namen der Gesellschaft im Grundbuche eingetragenen Grundstücks verpflichtet sei?

B.G.B. §§ 273, 274.

I. Zivilsenat. Ur. v. 8. April 1903 i. S. W. (Bekl.) w. W. u. Gen. (Rl.). Rep. I. 429/02.

- I. Landgericht Hannover.
- II. Oberlandesgericht Celle.

Der Beklagte war vertretungsberechtigter Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft W. & W. zu Hannover, durfte aber nach dem Gesellschaftsvertrage ohne schriftliche Genehmigung aller Gesellschafter Grundbesitz für die Gesellschaft nicht erwerben. Nachdem er 1901 ohne diese Genehmigung ein Wertgrundstück in Danzig in der Zwangsversteigerung namens der Gesellschaft erstanden und dafür 45 000 *M* aus der Gesellschaftskasse entnommen, auch bei der Kaufgelberbelegung eine eingetragene Hypothek übernommen hatte, klagten die Mitgesellschafter auf Rückzahlung der 45 000 *M* zur Gesellschaftskasse und Befreiung von der Hypothek.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten nach der Klage. In der Berufungsinstanz machte der Beklagte u. a. geltend, daß er zur Rückzahlung und zur Befreiung von der Hypothek nur Zug um Zug gegen Auffassung des auf den Namen der Gesellschaft im Grundbuche eingetragenen Grundstücks verpflichtet sei. Dementsprechend erkannte der Berufsrichter. Sein Urteil ist auf die Revision der Kläger aufgehoben, und das erste Urteil wiederhergestellt.

Aus den Gründen:

... „Streit besteht nur noch darüber, ob der Beklagte die Rückstattung der aus der Gesellschaftskasse entnommenen Beträge und die Befreiung der Gesellschaft von der Verpflichtung aus der Übernahme der Hypothek nur Zug um Zug zu leisten habe gegen Auffassung des Grundstücks an ihn.

... Es versteht sich von selbst und wird auch von dem Vertreter der Revision der Kläger nicht in Zweifel gezogen, daß die Kläger nicht den für die Gesellschaft vom Beklagten gemachten Erwerb zurückweisen und Erstattung der Aufwendungen fordern und zu gleicher Zeit den Erwerb für die Gesellschaft in Anspruch nehmen können. Aber davon ist auch nicht die Rede. Die Kläger fordern in der Hauptsache mit der Klage aus dem Gesellschaftsvertrage zur Gesellschaftskasse zurück, was der Beklagte aus der Gesellschaftskasse ohne ihre Genehmigung und ohne Recht entnommen hat. Von einer Verpflichtung der Kläger zu einer Leistung Zug um Zug könnte, da die Anwendung der §§ 320, 322 Abs. 1 B.G.B. ohne weiteres ausgeschlossen ist, nur die Rede sein, wenn durch die Entnahme des Geldes aus der Gesellschaftskasse und dessen Verwendung für den Erwerb des Grundstücks ein Rechtsverhältnis im Sinne der §§ 273, 274 B.G.B. zwischen den Klägern und dem Beklagten entstanden wäre. Nach § 273 soll der Schuldner, der aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, gegen den Gläubiger einen fälligen Anspruch hat, die von ihm geschuldete Leistung verweigern dürfen, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt. Nach § 274 Abs. 1 hat dies die Wirkung, daß der Schuldner nur zur Leistung Zug um Zug zu verurteilen ist. Aber diese Vorschriften sind auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Durch die unberechtigte Entnahme und Verwendung der Beträge

wurde der Beklagte lediglich Schuldner der Gesellschaft und seiner Mitgesellschafter, der Kläger. Einen Anspruch aus dieser unberechtigten Handlung kann der Beklagte gegen die Kläger nicht erworben haben und hat er nicht erworben, weil die Kläger den Erwerb durch ihn mit den Mitteln der Gesellschaft als Erwerb für die Gesellschaft nicht gelten zu lassen brauchen und nicht gelten lassen wollen. In dem rechtlichen Verhältnis zwischen den Klägern und dem Beklagten ist der Erwerb materiell Erwerb des Beklagten, aus dem er Schuldner der Gesellschaft geworden ist, weil er Mittel der Gesellschaft dazu verwendet hat. Anders liegt der Fall, wo der Vertreter, Beauftragte oder Geschäftsführer ohne Auftrag mit eigenen Mitteln für einen anderen erworben hat, und der andere den Erwerb genehmigt oder zu genehmigen verpflichtet ist, Gläubiger des Anspruchs auf das Erworbene, zugleich aber Schuldner des für den Erwerb Aufgewendeten ist. Davon ist hier nicht die Rede. Der Beklagte hat aus der unberechtigten Ersteigerung des Grundstücks und dem unberechtigten Ankauf der Sachen einen Anspruch gegen die Gesellschaft oder die Kläger nicht erworben, ist vielmehr nur Schuldner der Gesellschaft und der Kläger geworden, nicht deren Gläubiger. Daran wird dadurch nichts geändert, daß die gekauften Sachen, wie anzunehmen, dem Beklagten für die Gesellschaft übergeben sind, noch weniger dadurch, daß der Beklagte ohne Recht die Eintragung des Grundstücks auf den Namen der Gesellschaft im Grundbuch . . . herbeigeführt hat. Durch diese widerrechtlichen, willkürlichen, vertragswidrigen Maßnahmen allein kann eine Verpflichtung der Gesellschaft oder gar der Kläger nicht begründet werden, der Beklagte nicht Gläubiger der Kläger geworden sein. Nach der dargelegten rechtlichen Gestaltung der Sache entsteht eine Verpflichtung der Kläger, und werden die Kläger Schuldner des Beklagten erst dann, wenn der Beklagte zurückerstattet hat, was er unberechtigt aus der Gesellschaftskasse entnommen, und die Gesellschaft und die Kläger von der Verpflichtung aus der Hypothekübernahme befreit hat. Dann werden die Kläger allerdings verpflichtet sein, auf Kosten des Beklagten zum Grundbuch alle die Erklärungen abzugeben, die erforderlich sind, um die formelle Legitimation zu beseitigen, welche die Eintragung in das Grundbuch auf den Namen der Gesellschaft als Eigentümerin des Grundstücks und der Hypothek gewährt, und um zugleich den

Erwerb des Grundstücks, den die Gesellschaft für sich ablehnt, als Erwerb des Beklagten erscheinen zu lassen. Aber es fehlt an jedem Rechtsgrunde dafür, daß die Kläger diese Verpflichtung auch nur Zug um Zug gegen das, was der Beklagte zu leisten hat, zu erfüllen haben. Diese Verpflichtung entsteht vielmehr erst dann, wenn der Beklagte seine Verpflichtung erfüllt hat." . . .