



KAMMERGERICHT

Im Namen des Volkes

Geschäftsnummer:
20 U 8105/93
12 0 83/93 Landgericht Berlin

Verkündet am:
3. April 1995
Cornu
Justizsekretärin

In dem Rechtsstreit

HOGA Hotel Garni GmbH i.L.,
vertreten durch ihre Liquidatorin,
Sieglinde Lahl,
Durlacher Straße 28, 10715 Berlin,

Klägerin und Berufungsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Ronald A. Kräft und
Ursula Reichardt,
Wartburgstraße 19, 10825 Berlin
und
Rechtsanwälte Reiner Wittik, Rolf Becker,
Bölschestraße 80, 12587 Berlin -

g e g e n

1. Jörg Eberhardt,
Auguste-Viktoria-Straße 40, 14199 Berlin,
2. Frank Metz,
Bregenzer Straße 10, 10707 Berlin,
3. Dr. Michael Schöne,
Podbielskiallee 68, 14195 Berlin,
4. Dr. Georg Sikatzis,
Fliednerweg 5, 14195 Berlin,
5. Axel Schnauck,
Sarrazinstraße 11/15, 12159 Berlin,

6. Karl-Georg Wellmann,
Bregenzer Straße 10, 10707 Berlin,
7. Artur Prozell,
Fritz-Reuter-Allee 92, 12359 Berlin,
8. Wilhelm Roux,
Königsweg 230 B, 14129 Berlin,
9. Oda Beyrle,
Humboldtstraße 97, 13407 Berlin,
10. Dr. Uwe Greffstädt,
Wolzogenstraße 23, 14163 Berlin,
11. Dr. Rainer Radtke,
Ahornallee 6, 14050 Berlin,
12. Dr. Gerhard Schwarz,
Wundtstraße 38, 14057 Berlin,
13. Rolf Petruschke,
Ilmenauer Straße 6 A, 14193 Berlin,
14. Volker Kranz,
Promenadenstraße 16, 12207 Berlin,
15. Dr. Volker Heidecke,
Karl-Marx-Straße 16, 12043 Berlin,
16. Herbert Schiel,
Milowstraße 6, 14195 Berlin,
17. Heidemarie Schiel,
Milowstraße 6, 14195 Berlin,
18. Heinz Eckert,
Uhländstraße 144, 10719 Berlin,
19. Ingeborg Eckert,
Uhländstraße 144, 10719 Berlin,
20. Friedrich-Jürgen Böck,
Pfarrlandstraße 3, 14165 Berlin,
21. Martin Ahlers,
Sybelstraße 29, 10629 Berlin,
22. Monika Heins,
Dernburgstraße 13, 14057 Berlin,
23. Jochen Heins,
Dernburgstraße 13, 14057 Berlin,
24. Dr. Lutz Rodenhoff,
Kirchweg 17, 14129 Berlin,
25. Christian Sügling,
Fregestraße 55, 12161 Berlin,
26. Erhard Päper,
Kreutzwaldstraße 31, 14089 Berlin,

27. Lutz Neubert,
Am Grüngürtel 5, 13437 Berlin,
28. Maria do Vale Neubert,
Keithstraße 17, 10787 Berlin,
29. Dr. Kai Vinck,
Uhlandstraße 173-174, 10719 Berlin,
30. Dr. Wilhelm Nordemann,
Uhlandstraße 173-174, 10719 Berlin,
31. Karin Schulz,
Zehntwerderweg 184, 13469 Berlin,
32. Wolfgang Schulz,
Zehntwerderweg 184, 13469 Berlin,
33. Eberhard Bauer,
Württembergallee 26-27, 14052 Berlin,
34. Dr. Lutz Krakesch,
Uhlandstraße 159, 10719 Berlin,
35. Dr. Rainer Souchon,
Grunewaldstraße 48, 12165 Berlin,
36. Ilona Blumenthal,
Dillenburgstraße 58 L, 14199 Berlin,
37. Wilfried Thurm,
Orber Straße 26, 14193 Berlin,
38. Klaus Hamann,
Ludwigstraße 6, 71144 Steinenbronn,
39. Theodor Heil,
Remstaler Straße 25, 13465 Berlin,
40. Eberhardt Reutter,
Arminiusstraße 1, 81543 München,
41. Dr. Wolfgang Stegner,
Bahnhofstraße 44, 74321 Bietigheim-Bissingen,
42. Klaus Schlesinger,
Trautenaustraße 17, 10717 Berlin,
43. Joachim Paul,
Bachstelzenweg 27, 14199 Berlin,
44. Dr. Lucas Candeias,
Siegener Straße 38, 13583 Berlin,
45. Heinz Herrmann,
Parchimer Allee 81 C, 12359 Berlin,
46. Antonius Flaskamp,
Länderallee 27, 14052 Berlin,
47. Norbert Kox,
Steinknippen 24, 51469 Bergisch Gladbach,

48. Constanze Flaskamp,
Eichenallee 61, 14050 Berlin,
49. Christel Schütz,
Juliusstraße 34, 12051 Berlin,
50. Peter Vetter,
Kurfürstendamm 91, 10711 Berlin,
51. Wilhelm Kabus,
Finckensteinallee 9, 12205 Berlin,
52. Dr. Dietrich Schöne,
Schweinfurthstraße 37, 14195 Berlin,
53. Dr. Peter von Velsen,
Karl-Marx-Straße 170, 12043 Berlin,
54. Detlef Koß,
Lessingstraße 44, 50181 Bedburg,
55. Renate Koß,
Brunnenstraße 4, 50181 Bedburg,
56. Vera Wilczek,
Bozener Straße 9, 10825 Berlin,
57. Martin Wilczek,
Bozener Straße 9, 10825 Berlin,
58. Willi Wegener,
Auf dem Uhlenbrink 9, 31812 Bad Pyrmont,
59. Ursula Wegener,
Auf dem Uhlenbrink 9, 31812 Bad Pyrmont,
60. Dr. Paul Hertin,
Uhlandstraße 173-174, 10719 Berlin,
61. Eckhard Stoltzenburg,
Douglasstraße 6, 14193 Berlin,
62. Waltraud Stoltzenburg,
Douglasstraße 6, 14193 Berlin,
63. Dr. Roger von Wickede,
Am Buschhäuschen 7, 42115 Wuppertal,
64. Albert Coenders,
Podbielskiallee 68, 14195 Berlin,
65. Cato Dill,
Bregenzer Straße 10, 10707 Berlin,
66. Georg Grunc,
67. Helmut Heckendorf,
Theodor-Loos-Weg 46, 12353 Berlin,
68. Dr. Dr. Hans-Peter Howaldt,
Rossertstraße 12, 60323 Frankfurt,

69. Richard Poesche,
Oeserstraße 87, 13509 Berlin,
70. Roland Mitschke,
c/o Tischmann, Steinrückweg 3, 14197 Berlin,
71. Werner Reutter,
Thielallee 66, 14195 Berlin,
72. Dr. Andreas Riche,
Schlehenweg 1, 13587 Berlin,
73. Willi Rinhofer,
Heiligenwiesen 10. 69231 Rauenberg,
74. Hans Sender,
Wilhelm-Hauff-Straße 17, 12159 Berlin,
75. Michael Urban,
Bundesratufer 5, 10555 Berlin,
76. Dr. Hans Wolfgang Voigt,
Glockenturmstraße 36, 14053 Berlin,
77. Peter Klein,
Goethestraße 29, 14163 Berlin,
78. Dr. Monika Souchon,
Grunewaldstraße 48, 12165 Berlin,

Beklagten und Berufungsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte:

- a) aller Beklagten:
Rechtsanwalt Dr. Klaus Hellmuth,
Goltzstraße 13 B, 10781 Berlin;
- b) der Beklagten zu 4. und zu 29.:
Rechtsanwalt Dr. Kai Vinck,
Uhlandstraße 173-174, 10719 Berlin;
- c) des Beklagten zu 12:
Rechtsanwälte Ralph-Christian Nolte,
Michael Nitschke,
Uhlandstraße 47, 10719 Berlin;
- d) der Beklagten zu 16. bis 19., zu 54. und zu 55.:
Rechtsanwälte Heinz Eckert, Bernd Rothe,
Uhlandstraße 144, 10719 Berlin;
- e) des Beklagten zu 25.:
Rechtsanwälte Ulrich Korsukéwitz,
Thomas Kische,
Edelhofdamm 3, 13465 Berlin;
- f) des Beklagten zu 30.:
Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Nordemann,
Uhlandstraße 173-174, 10719 Berlin;

- g) des Beklagten zu 46.:
Rechtsanwälte Manfred Burchert, Jörn Richter u.a.,
Otto-Suhr-Allee 29, 10585 Berlin -

hat der 20. Zivilsenat des Kammergerichts auf die mündliche
Verhandlung vom 3. April 1995 durch den Vorsitzenden
Richter am Kammergericht Rosenlöcher und die Richter am
Kammergericht Schmudlach und Meltendorf
für R e c h t erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das am
28. Oktober 1993 verkündete Urteil der
Zivilkammer 12 des Landgerichts Berlin
wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
Die Klägerin darf die Vollstreckung
durch Sicherheitsleistung oder Hinter-
legung in Höhe von 160.000,-- DM ab-
wenden, sofern nicht die Beklagten vor
der Vollstreckung Sicherheit in gleicher
Höhe leisten.

Der Wert der Beschwer übersteigt 60.000,-- DM.

Tatbestand

Die Beklagten erwirkten am 28. Juni 1990 gegen die Klä-
gerin beim Landgericht Berlin - 12 O. 272/90 - eine
einstweilige Verfügung auf Räumung und Herausgabe der
von ihr zum Betriebe eines Hotels im Hause Kurfürsten-
damm 12 in der 2. bis 6. Etage innegehaltenen Räume nebst
Dachterrasse und Nebenräumen. Diese Räume waren mit schrift-
lichem Mietvertrag vom 25. März 1988 seitens der Gesell-
schaft bürgerlichen Rechts (im folgenden GbR abgekürzt)
Kurfürstendamm 12-15 an die Hotel Garni Pientka GmbH in
Gründung, vertreten durch ihren Geschäftsführer Georg
Pientka, vermietet worden. Eine Untervermietung war gemäß

§ 8 dieses Vertrages nur mit schriftlicher Zustimmung der Vermieter zulässig. Dieses Mietverhältnis wurde seitens der GbR wegen Zahlungsverzuges mehrfach fristlos gekündigt. Das Amtsgericht Charlottenburg gab der entsprechenden Räumungsklage durch sein Urteil vom 16. Dezember 1988 statt. Die hiergegen gerichtete Berufung wurde durch das am 12. März 1990 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin (61 S 24/89 / 6 C 571/88 AG Charlottenburg) zurückgewiesen. In der Folgezeit - der Zeitpunkt ist zwischen den Parteien streitig - erlangte die Klägerin den Besitz an den Räumen und betrieb darin seither das in den Räumen befindliche Hotel. Die Beklagten vermieteten die Räume mit schriftlichem Mietvertrag vom 6. Juni 1990 an den Hotelkaufmann Unger zum Betriebe eines Hotels. Durch die Inbesitznahme der Räume seitens der Klägerin sahen die Beklagten die Vollstreckung des Räumungsurteils gegen die Hotel Garni Pientka GmbH als vereitelt und den rechtzeitigen Vollzug des Mietvertrages mit Unger als ausgeschlossen an. Eine Möglichkeit, dem zu begegnen, sahen sie in dem Antrag auf Erlaß der o.g. einstweiligen Verfügung. Am 6. Juli 1990 führte der Obergerichtsvollzieher Walendy die Räumung durch. Ausweislich des Räumungsprotokolls (Anlage K 15) machte Rechtsanwalt Eckert für die Beklagten an dem gesamten Inventar ein Vermieterpfandrecht geltend. Der Kassenabschluß wurde in dem Räumungsprotokoll mit 3.651,20 DM festgestellt; 116 Ordner Geschäftspapiere wurden von dem Obergerichtsvollzieher zur amtlichen Verwahrung in den Pfandkammer des AG Charlottenburg verbracht. Der von der Klägerin im März 1992 gestellte Antrag nach § 926 ZPO, den Beklagten zur Erhebung der Hauptklage eine Frist zu setzen, wurde durch den Beschluß des Senats vom 22. Oktober 1992 mangels Rechtsschutzinteresses als unzulässig

zurückgewiesen. Der im März 1993 gegen die einstweilige Verfügung erhobene Widerspruch wurde durch das Urteil des Senats vom 11. April 1994 ebenfalls als unzulässig zurückgewiesen.

Die Klägerin, die die Auffassung vertritt, daß die einstweilige Verfügung gegen sie zu Unrecht ergangen sei, weil ein Herausgabe- und Räumungsanspruch gegen sie nicht begründet gewesen sei, nimmt vorliegend die Beklagten auf Feststellung, daß sie nicht zur Herausgabe verpflichtet gewesen sei, Aufhebung der einstweiligen Verfügung, Rückgabe der Räumlichkeiten, Auskunft bezüglich des zurückgelassenen Inventars und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten sowie mit einer Vielzahl von Zwischenfeststellungsanträgen in Anspruch.

Sie vertritt die Auffassung, die einstweilige Verfügung sei zu Unrecht ergangen, weil den Beklagten gegen sie ein Verfügungsanspruch nicht zugestanden habe. Die Beklagten seien zu keiner Zeit in Rechtsgemeinschaft Eigentümer des Grundstücks Kurfürstendamm 12-15 gewesen. Das Eigentum an diesem Grundstück habe zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Verfügung vielmehr im Gesamthandseigentum der Beklagten zu 2) bis 5) sowie der Herren Udo Braun und Georg Pientka gestanden. Pientka sei durch den Erwerb der Anteile der früheren geschäftsführenden Gesellschafter Schröder und Krause Geschäftsführer der GbR geworden und habe in dieser Eigenschaft die Räumlichkeiten durch schriftlichen Mietvertrag vom 30.4./29.6.1990 (Anlage K 45) an die schweizerische Gastro AG in Gründung vermietet, die ihrerseits die Räume an sie - die Klägerin - durch schriftlichen Vertrag vom 30. April/29. Juni 1990 (Anlage K 44) untervermietet habe, so daß sie zum Besitz der Räume berechtigt gewesen sei.

Hinsichtlich der Rechtsbeziehungen an dem Grundstück Kurfürstendamm 12-15 hat sich folgende Entwicklung ergeben:

Das Grundstück stand ursprünglich im Eigentum der Victoria Lebensversicherungs AG. Mit schriftlichem Vertrag vom 21. Mai 1984 schlossen der Steuerberater Wolfgang Kind, der Kaufmann Michael Schröder, der Arzt Udo Braun, der Rechtsanwalt Günter Krause und die Beklagten zu 1) bis 5) sich zu der GbR Kurfürstendamm 12-15 zusammen. Gesellschaftszweck war der Erwerb, die Modernisierung und Bewirtschaftung des Grundstückes Kurfürstendamm 12-15. Der Vertrag enthält u.a. folgende Regelungen:

§ 6 ...

Die geschäftsführenden Gesellschafter Wolfgang Kind und Michael Schröder sind berechtigt, mit nicht nach außen auftretenden Personen Unterbeteiligungsverträge abzuschließen. ...

§ 10

... Der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen Beschlüsse über folgende Komplexe:

a) die Änderung des Gesellschaftsvertrages

...

§ 16

Tritt in der Person eines Gesellschafters ein wichtiger Grund ein, der die anderen Gesellschafter zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB berechtigen würde, so können diese Gesellschafter - anstatt die Gesellschaft außerordentlich zu kündigen, den erstgenannten Gesellschafter durch einstimmigen Beschluß aus der Gesellschaft ausschließen. Der Gesellschafter scheidet mit dem Zugang des Ausschließungsbeschlusses aus der Gesellschaft aus, die von den übrigen

Gesellschaftern fortgesetzt wird.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Gesellschaftsvertrages wird auf die von der Klägerin als Anlage K 34 eingereichte Fotokopie des Vertrages Bezug genommen. Durch notariellen Kaufvertrag vom 29. Mai 1984 veräußerte die Victoria Lebensversicherungs AG das Grundstück an die o.g. Gesellschafter zum Preis von 35 Millionen DM. In der Folgezeit schloß der geschäftsführende Gesellschafter Kind mit den Beklagten zu 6) bis 78) Unterbeteiligungsverträge ab. Nachdem Zweifel darüber entstanden waren, ob über diese Unterbeteiligung die erstrebte steuerliche Verlustzuweisung zu erlangen war, unterzeichneten mit Ausnahme der Gründungsgesellschafter und der Beklagten zu 49), 60) und 69) die restlichen Beklagten die von ihnen in Fotokopie als Anlagenkonvolut B 2 eingereichten Beteiligungsverträge, auf deren Inhalt Bezug genommen wird. Am 27. März 1985 fand die erste Gesellschafterversammlung statt, über die das als Anlage B 6 in Fotokopie eingereichte Protokoll erstellt wurde, in dem es unter TOP 4 "Feststellung der Beteiligten und deren Beteiligungsquoten durch Beschlußfassung" heißt:

"Die Gesellschafter nahmen die Liste der Beteiligten, deren Beteiligungsquote und Stimmenrechte zustimmend ohne Gegenstimme an". Die Beklagten haben hierzu die Fotokopie einer Liste als Anlage B 10 eingereicht mit der Behauptung, daß es sich dabei um die in diesem Beschluß genannte Liste handelt.

Aufgrund der Auflassung vom 29. August 1985 wurden die Gründungsgesellschafter als Eigentümer in GbR im Grundbuch eingetragen.

Am 23. Oktober 1985 erklärte Kind seinen Rücktritt vom Amt des Geschäftsführers. In der dritten Gesellschafterversammlung am 5. November 1985 legte der Gesellschafter Schröder sein Amt als Geschäftsführer nieder. Der Gesellschafter Krause erklärte, daß er keine Geschäftsführerrechte beanspruche (Anlage BB 1, Bd. IV, Bl. 116 ff.). In dieser Gesellschafterversammlung wurde der Beklagte zu 6) zum Geschäftsführer der Gesellschaft gewählt. In der Folgezeit schieden die Gesellschafter Kind, Schröder und Krause aus der Gesellschaft aus. Schröder und Krause übertrugen ihre Gesellschaftsanteile durch schriftlichen Vertrag vom 21. Juli 1986 (Anlage K 5, Bd. I, Bl. 39) bzw. notariellen Übertragungsvertrag vom 3. Oktober 1986 (Anlage K 46) an den Kaufmann Georg Pientka. In der Gesellschafterversammlung vom 22. Oktober 1986 wurde u.a. das Ausscheiden der o.g. Gesellschafter Kind, Schröder und Krause und auch der Eintritt Pientkas einstimmig gebilligt. Aufgrund der notariellen Berichtigungsbewilligung vom 23. Juli 1986 wurden am 30. Oktober 1987 die Beklagten zu 6) bis 30) als weitere Eigentümer in GbR in das Grundbuch eingetragen. In der Gesellschafterversammlung am 26. November 1987 wurde zu TOP 10 a der Gesellschafter Pientka bei sechs Gegenstimmen aus wichtigem Grund aus der Gesellschaft ausgeschlossen, ebenso die Gesellschafter Dr. Braun (sieben Gegenstimmen) und Lange (eine Gegenstimme) (Anlage K 42, Bd. II, Bl. 153 ff.).

Gegenwärtig ist im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen die 58. Hanseatische Grundbesitz GmbH.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die einstweilige Verfügung gegen sie sei zu Unrecht ergangen, weil den Beklagten, zu denen - unstreitig - vertragliche Beziehungen nicht bestanden hätten, ein Räumungs- und Herausgabeanspruch gegen sie nicht zugestanden habe. Es lasse sich

nicht feststellen, daß die Beklagten zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Verfügung gesamthänderisch Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks gewesen seien. Weder sei von den hierfür darlegungspflichtigen Beklagten nachvollziehbar dargelegt worden, wie die Beklagten zu 6) bis 78) der GbR wirksam beigetreten seien, noch, wie sie gesamthänderisches Eigentum an dem Grundstück erworben hätten. Es fehle jede überzeugende Begründung, wie sich die ursprünglich bloßen Unterbeteiligungen der Beklagten zu 6) bis 78) in einen wirksamen Anteilserwerb gewandelt haben sollen, aber auch, wie es dadurch zum Einrücken in die Eigentümerstellung gekommen sein solle, da die ursprüngliche Auflassung nur auf einen Erwerb zugunsten der Gründungsgesellschafter gerichtet gewesen sei und eine Anwachsung ausscheide, weil ein Beitritt nach dieser Auflassung, der allein zur Anwachsung hätte führen können, nicht dargetan worden sei. Soweit in Entscheidungen vorangegangener Rechtsstreitigkeiten, an denen die Beklagten als Partei beteiligt gewesen seien, eine aus ihnen bestehende GbR und ihr gesamthänderisches Eigentum an dem Grundstück angenommen worden seien, beruhe dies auf rechtsfehlerhaften Erwägungen, sei aber auch ohnedies für diesen Prozeß nicht bindend. Der im einstweiligen Verfügungsverfahren verfolgte Herausgabeanspruch scheitere aber auch daran, daß sie - die Klägerin - den wahren Eigentümern gegenüber ein Recht zum Besitz habe. Der Kaufmann Pientka habe nämlich durch den unstreitigen Erwerb der Anteile der geschäftsführenden Gesellschafter Schröder und Krause auch deren Geschäftsführerstellung erlangt und für die GbR wirksam den Mietvertrag vom 30. April/29. Juni 1990 über die streitgegenständlichen Räume mit der Gastro AG i.Gr. abgeschlossen, von der sie ihrerseits

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens in der Berufungsinstanz wird auf den vorgetragenen Inhalt der in dieser Instanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Klägerin ist zulässig.

Sie konnte in der Sache jedoch keinen Erfolg haben.

Zutreffend hat das Landgericht das Rechtsschutzinteresse der Klägerin für den Feststellungsantrag zu 1 angenommen. Diese Feststellung ist erforderlich und vorgreiflich für den Antrag zu 2 auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung vom 28. Juli 1990 nach § 927 ZPO, weil diese auch dann Erfolg haben kann, wenn im Hauptverfahren und damit auch im Prozeß über die negative Feststellungsklage das Fehlen des Verfügungsanspruchs festgestellt wird (vgl. BGHZ 122, 172 [178]). Darüberhinaus ist dem Landgericht aber auch darin zu folgen, daß die aus formellen Gründen gescheiterten Verfahren der Klägerin nach §§ 925, 926 ZPO der Erhebung der negativen Feststellungsklage nicht entgegenstehen. Dies ergibt sich hinsichtlich des Widerspruchsverfahrens schon aus dem Umstand, daß dieses Verfahren als Eilverfahren eine summarische Prüfung ausreichen läßt. Dem Gesetz ist aber auch nicht zu entnehmen, daß der Verfügungsbeklagte das Verfahren nach § 926 ZPO beschreiten muß, um zu einer Prüfung in der Hauptsache zu gelangen. Aus der Regelung des § 945 ZPO ergibt sich vielmehr, daß eine Entscheidung über das Bestehen des Verfügungsanspruchs auch noch im Wege des Schadenersatzanspruchs nach dieser Vorschrift herbeigeführt werden

kann, sofern nicht durch ein rechtskräftiges Urteil in dem Hauptsacheverfahren in der Sache selbst entschieden worden ist (vgl. BGH in NJW-RR 92, 998 [1999]). Dann ist es aber auch zulässig, die Hauptsache im Wege der negativen Feststellungsklage wie vorliegend geschehen zur Entscheidung zu bringen. Die danach zulässigen Hauptanträge konnten in der Sache jedoch keinen Erfolg haben.

Aus den Klageanträgen zu 1 - 3 ergibt sich, daß die Klägerin die Rückabwicklung der Vollstreckung der einstweiligen Verfügung vom 28. Juni 1990 begehrt. Anspruchsgrundlage hierfür ist § 945 ZPO, der den Tatbestand einer unerlaubten Handlung im weiteren Sinne normiert. Dieser Schadensersatzanspruch ist - wie andere Schadensersatzansprüche auch - nach § 249 BGB in erster Linie auf Wiederherstellung des vor dem Schadensereignis liegenden Zustandes gerichtet. Dieses Anliegen verfolgt die Klägerin erkennbar mit ihren Anträgen zu 1 - 3. Voraussetzung für das Bestehen des Schadensersatzanspruchs nach § 945 ZPO ist aber, daß die Anordnung der einstweiligen Verfügung von Anfang an - also bei ihrem Erlaß - ungerechtfertigt gewesen ist. Das ist dann der Fall, wenn der Verfügungsanspruch - wie die Klägerin mit ihrem Feststellungsantrag zu 1 geltend macht - nicht bestanden hat (vgl. BGH-RR 92, 733 [736]).

Dem Landgericht ist darin beizutreten, daß ein Verfügungsanspruch zur Zeit des Erlasses der einstweiligen Verfügung - der Verfügungsgrund ist zwischen den Parteien nicht im Streit - bestanden hat. Mangels - unstreitig - vertraglicher Beziehungen zwischen den Parteien konnte Verfügungsanspruch nur ein gesetzlicher Anspruch sein. Anspruchsgrundlage ist insoweit § 985 BGB, denn ein Besitzschutzanspruch der Beklagten als mittelbare Besitzer nach § 861 ZPO scheitert an der Darlegung der Voraussetzungen

des § 869 BGB.

Für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen des § 985 BGB sind die Beklagten darlegungs- und gegebenenfalls auch beweispflichtig (vgl. BGH NJW-RR, 998 [1001]).

Bereits aufgrund der unstreitigen Tatsachen steht fest, daß die Anspruchsvoraussetzungen des § 985 BGB, d.h. die Aktivlegitimation der Beklagten für diesen Eigentumsherausgabeanspruch bezüglich der Mieträume und des Besitzes der Klägerin zur Zeit der einstweiligen Verfügung vorliegen haben, während sich ein Recht der Klägerin zum Besitz in Sinne von § 986 BGB nicht feststellen läßt.

Die Aktivlegitimation der Beklagten folgt aus ihrer gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit aufgrund des Gesellschaftsvertrages vom 21. Mai 1984. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß der in einfacher Schriftform gefaßte Gesellschaftsvertrag von diesem Tage im Hinblick auf den darin als Gesellschaftszweck vereinbarten Erwerb des streitgegenständlichen Grundstücks wegen Formmangels zunächst unwirksam war und erst durch die Eintragung der neun Gründungsgesellschafter am 20. September 1985 nach § 313 Satz 2 BGB wirksam geworden ist, weil im Hinblick auf den Vollzug des Gesellschaftsvertrages auch für die vor der Eintragung liegende Zeit jedenfalls vom Vorliegen einer wenn auch fehlerhaften, aber doch vollzogenen und damit faktischen Gesellschaft auszugehen ist, deren Handeln nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, nach den vertraglichen und gesetzlichen Regeln zu beurteilen ist, weil besondere Gründe - gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen - dem nicht entgegenstehen (vgl. BGH in NJW 71, 375 [377]). Diese Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch für einen etwaigen fehlerhaften Beitritt zu der Gesellschaft (vgl.

BGH in NJW 92, 1501 [1502]).

Die Aktivlegitimation der Beklagten zu 6)-78) - die der zu 1)-5) ist zwischen den Parteien nicht im Streit - folgt aus den von diesen mit dem geschäftsführenden Gesellschafter Kind abgeschlossenen Unterbeteiligungsverträgen. Grundsätzlich führt zwar eine bloße Unterbeteiligung nicht zum Erwerb der Gesellschafterstellung hinsichtlich der Hauptgesellschaft, vielmehr entstehen dadurch im Regelfall nur Vertragsbeziehungen zwischen dem Hauptgesellschafter und den Unterbeteiligten (vgl. MünchKomm.-Ulmer, BGB, vor § 705 Rdn. 62 ff). Anders wird dies jedoch für den Sonderfall der sogenannten offenen Unterbeteiligung gesehen, d.h. in den Fällen, in denen die Unterbeteiligten im weiteren Sinne in den Gesellschaftsverband einbezogen werden sollen. Dies wird u.a. für den Fall der generellen Zulassung der Unterbeteiligungen im Gesellschaftervertrag angenommen (vgl. MünchKomm.-Ulmer, aaO, vor § 705 Rdn. 68a). Da sowohl die Zulassung der Unterbeteiligungen als auch die generelle Zustimmung der Gründungsgesellschafter hierzu in § 6 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages geregelt worden ist, liegen die Voraussetzungen einer solchen offenen Unterbeteiligung damit vor. Die Beklagten zu 6) bis 78) erlangten daher durch ihre Unterbeteiligungsverträge neben ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung auch eine dinglich wirkende Mitbeteiligung am Gesellschaftsanteil des Hauptbeteiligten Kind mit der Folge, daß sie durch die aufgrund der Auflassung vom 29. Oktober 1985 erfolgten Eintragung u.a. des Gesellschafters Kind im Grundbuch ebenfalls gesamthänderisches Eigentum an dem Grundstück erwarben (vgl. MünchKomm.-Ulmer, aaO). Daß die Auflassung insoweit nur an den Gesellschafter Kind erfolgte, steht dem nicht entgegen, führte vielmehr

nur dazu, daß das Grundbuch insoweit unrichtig wurde. Im Ergebnis führt dies dazu, daß sämtliche Beklagte an dem streitgegenständlichen Grundstück zu diesem Zeitpunkt gesamthänderisches Eigentum hatten und damit für das einstweilige Verfügungsverfahren aktivlegitimiert waren. Auf die von der Klägerin im Zusammenhang mit einem etwaigen späteren Eigentumserwerb erörterten Rechtsfragen kommt es daher nicht mehr an.

Aber auch dann, wenn nur die Beklagten zu 1)-5) gesamthänderisches Eigentum an dem streitgegenständlichen Grundstück zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt gehabt haben sollten, sind sie gemeinsam mit den Beklagten zu 6)-78) aktivlegitimiert gewesen, den Eigentumsherausgabeanspruch geltend zu machen. Der Eigentümer kann nämlich einen Dritten - auch konkludent - ermächtigen, den Herausgabeanspruch im eigenen Namen geltend zu machen (vgl. BGH LM Nr. 24 zu § 985; BGH NJW-RR 86, 158). Dritter in diesem Sinne ist hier die - wenn auch möglicherweise nur faktische - Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus sämtlichen Beklagten. Das für die Prozeßstandschaft erforderliche rechtliche Interesse der GbR liegt darin, daß sie im Rahmen ihres Gesellschaftszweckes die Immobilie verwaltete und zur Erfüllung des mit dem Mieter Unger geschlossenen Mietvertrages den Besitz an den Mieträumen erlangen mußte, nachdem die Räumungs- und Herausgabeklage gegen den früheren Mieter, die Hotel Garni Pientka GmbH zwar erfolgreich gewesen war, die daran anschließende Zwangsvollstreckung aber daran gescheitert war, daß diese GmbH den Besitz an den Räumen nicht mehr ausübte, wie sie dadurch dokumentiert hat, daß an dem Hause entsprechende andere Firmenschilder angebracht worden sind. Aufgrund dieser in der gemeinsamen

Antragstellung liegenden konkludenten Ermächtigung zur Prozeßführung waren die Beklagten zu 1) bis 78) daher berechtigt, den Eigentumsherausgabeanspruch auch dann geltend zu machen, wenn die Beklagten zu 6)-78) kein gesamthänderisches Eigentum erworben haben sollten und zwar auch im Wege der Leistung an sich.

Die Klägerin kann sich demgegenüber nicht mit Erfolg darauf berufen, daß der Arzt Udo Braun und der Kaufmann Georg Pientka zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt ebenfalls Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gewesen sind und es daher ihrer Beteiligung auf der Antragstellerseite bedurft hätte. Zwar ergeben die in diesem Prozeß vorgelegten Unterlagen, daß der Arzt Udo Braun zu den Gründungsgesellschaftern gehörte und der Kaufmann Pientka wirksam Gesellschaftsanteile von den früheren Gesellschaftern Schröder und Krause erwarb. Jedoch sind beide Gesellschafter aus der Gesellschaft durch mehrheitlichen Beschluß in der Gesellschafterversammlung vom 26. November 1987 ausgeschlossen worden. Nach § 16 des Gesellschaftsvertrages war für den Ausschluß aus wichtigem Grund entsprechend der Regelung in § 737 BGB allerdings Einstimmigkeit erforderlich. Soweit die Beklagten sich darauf berufen, daß das Einstimmigkeitserfordernis dadurch entfallen sei, daß die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sich durch die Aufnahme einer Vielzahl weiterer Gesellschafter im März 1985 bereits in eine Publikumsgesellschaft gewandelt habe, bestehen gegen diese Auffassung erhebliche Bedenken, weil die Regelung der Einstimmigkeit dem Leitbild des Gesetzes entspricht und es daher naheliegt, daß eine hiervon abweichende Regelung schon deshalb der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung bedarf. Die von den Beklagten in diesem Zusammenhang herangezogene Entscheidung des Bundesgerichtshofs, abgedruckt

noch weitere - über den Feststellungsantrag zu 6) hinaus-
gehende Ansprüche erwachsen können, für die die begehrten
Feststellungen von Bedeutung sein könnten, sind diese
Anträge damit insgesamt unbegründet.

Der Antrag zu 66) konnte nur für den Fall des Obsiegens
in der Hauptsache Erfolg haben und ist daher schon mangels
dieser Voraussetzung unbegründet.

Die Berufung der Klägerin konnte danach insgesamt keinen
Erfolg haben.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708
Nr. 10, 711, 746 ZPO.

Rosenlöcher

Schmudlach

Meltendorf