

Verkündet
laut Protokoll
am 28. Juni 1956

Braun, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Paul W [REDACTED] in B [REDACTED],
Ba [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers;

... Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]

gegen

den Kaufmann Eugen Sch [REDACTED] in L [REDACTED], E [REDACTED]-A [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten;

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1956
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter
und der Bundesrichter Dr. Delbrück, Dr. Fischer, Artl und
Dr. Winkelmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
15. Februar 1955 wird auf Kosten des Beklagten mit
der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Beklagte verur-
teilt wird, 3.650 DM /BDL nebst 4 % Zinsen seit dem
10. Dezember 1953 an die Ha [REDACTED]-R [REDACTED]-Werk GmbH
in B [REDACTED]-N [REDACTED], Bu [REDACTED] Straße [REDACTED], zu
zahlen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger vereinbarte im Jahre 1933 mit dem Beklagten, daß dieser sämtliche Geschäftsanteile der Ha[REDACTED]-R[REDACTED]-Werk GmbH in B[REDACTED], die der Kläger an den Kaufmann P[REDACTED] in H[REDACTED] übertragen hatte, als Treuhänder für den Kläger übernehmen sollte. Demzufolge wurden die Geschäftsanteile von Pein auf den Beklagten übertragen. Der Kläger blieb bis zum Jahre 1938 Geschäftsführer der GmbH. Das Innenverhältnis wurde durch einen notariell beurkundeten Vertrag vom 19. Oktober 1933 geregelt, bei dem für den Kläger dessen Schwiegersohn Dr. L[REDACTED] als treuhänderischer Vertragspartner auftrat. Als sich im Jahre 1938 die Lage für die rassisch Verfolgten immer mehr zuspitzte und auch der Kläger trotz seiner tschechischen Staatsangehörigkeit mit Verfolgungsmaßnahmen rechnen mußte, entschloß er sich, nach England auszuwandern. Er wurde durch Gesellschafterbeschuß des Beklagten als Geschäftsführer abberufen, während sich der Beklagte in Übereinstimmung mit dem Kläger als Geschäftsführer der GmbH einsetzte. Die Gesellschaft erteilte der langjährigen Mitarbeiterin und Vertrauensperson des Klägers, einem Fräulein He[REDACTED], Prokura. Diese sollte das Geschäft im bisherigen Sinne weiterleiten. Nach einer zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung sollte die Aufgabe des Beklagten lediglich in der formellen Erfüllung der einem Geschäftsführer obliegenden Pflichten sich erschöpfen, während der eigentliche Geschäftsbetrieb von den eingearbeiteten Angestellten der Firma, insbesondere von Fräulein He[REDACTED] fortgeführt werden sollte, die allein auch die verschiedenen Fertigungsmethoden für die von der GmbH hergestellten und vertriebenen Reinigungsmittel kannte.

Dem Beklagten wurde im Jahre 1933 für die Übernahme der Stellung als Treuhänder eine Vergütung von 5 % des jährlichen Reingewinns zugesagt. Unstreitig wurde im Jahre 1938 vereinbart, daß der Beklagte hierfür und für die Übernahme der formellen Stellung als Geschäftsführer weiterhin 5 % des Rein-

gewinns der Gesellschaft, mindestens aber 500 RM monatlich, erhalten sollte.

Kurze Zeit nach der Auswanderung des Klägers erhöhte der Beklagte kraft seiner Stellung als Treuenehmer der Geschäftsanteile und als Geschäftsführer seine Bezüge auf monatlich 1000 RM netto. Zwei weitere Monatsgehälter von je 1000 RM entnahm er in den folgenden Jahren als Weihnachts- und Urlaubsgeld. Die Entnahmen beliefen sich für die Zeit ab 1. Mai 1939 bis zum 30. November 1943 auf 1000 RM je Monat, die Entnahmen für Urlaubsgeld auf 5000 RM und für Weihnachtsgeld auf 4000 RM.

Im Jahre 1948 übertrug der Beklagte auf Anweisung des Klägers die sämtlichen Geschäftsanteile der GmbH auf Fräulein He■■■■■, die ebenfalls Treuhänderin des Klägers ist.

Der Kläger ist der Auffassung, der Beklagte habe seine Pflichten als Treuhänder dadurch verletzt, daß er sich aus der Gesellschaft Einnahmen verschafft habe, auf die er nach den zwischen den Parteien geltenden Abreden keinen Anspruch hatte. Der Beklagte hätte nur 500 RM brutto entnehmen dürfen. In den Vorinstanzen hat der Kläger weiter geltend gemacht, der Beklagte habe seine Verpflichtungen als Treuhänder ferner dadurch verletzt, daß er ungerechtfertigte Entnahmen für Reisespesen gemacht und weitere zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen begangen habe; diese Vorwürfe sind jedoch im jetzigen Verfahrensabschnitt nicht mehr im Streit.

Mit der Klage hat der Kläger einen Teilbetrag seiner Forderungen in Höhe von 6.100 DM nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung geltend gemacht.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er wandte ein, der Kläger mache einen Gesellschaftsanspruch im



eigenen Namen geltend, wozu er nicht legitimiert sei. Wenn ihm Ansprüche aus dem Treuhandverhältnis erwachsen wären, so wäre seine Aktivlegitimation deshalb zu verneinen, weil er die ihm aus dem Treuhandvertrag zustehenden Ansprüche unter dem 25. April 1949 in London an die GmbH abgetreten habe. Er, der Beklagte, habe sich zu höheren Entnahmen, als mit dem Kläger vereinbart, als berechtigt ansehen können und im mutmaßlichen Einverständnis mit dem Kläger gehandelt. Er habe auch im übrigen keine zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen begangen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Es war der Auffassung, der geltend gemachte Anspruch wäre im Falle seiner Begründetheit ein Anspruch der GmbH. Der Kläger sei nicht legitimiert, diesen Anspruch geltend zu machen.

Der Kläger focht dieses Urteil mit der Berufung an und beantragte hilfsweise, den Beklagten zur Zahlung der Klagesumme an die GmbH zu verurteilen.

Das Kammergericht erhob Beweis und verurteilte den Beklagten unter Abweisung der Klage im übrigen, zugunsten des Klägers auf ein von ihm bei einem Geldinstitut in West-Berlin oder im Bundesgebiet zu errichtendes Sperrkonto 3.650 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 10. Dezember 1953 zu zahlen und 3/5 der Kosten des Rechtsstreits zu tragen, während dem Kläger 2/5 der Kosten auferlegt wurden.

Mit der Revision, die das Berufungsgericht zugelassen hat, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage im vollen Umfange. Der Kläger stellt den früheren Hilfsantrag in Höhe der Urteilssumme nunmehr als Hauptantrag, den früheren Hauptantrag dagegen als Hilfsantrag und bittet, die Revision in erster Linie nach Maßgabe des neuen Hauptantrages zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht kommt in Würdigung der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, daß mit Sicherheit vertragswidrige Entnahmen des Beklagten in Höhe von insgesamt 36.500 RM festzustellen seien. Bei diesem Betrage handle es sich entgegen der Behauptung des Beklagten um Nettoeinnahmen. Der tatsächlich entstandene Schaden sei daher um die von der Ha- R-Werk GmbH gezahlten steuerlichen Abgaben zu erhöhen. Es ließen sich jedoch zahlenmäßig Feststellungen über die Höhe dieser Beträge wegen des Verlustes der Geschäftsbücher nicht mehr treffen. Infolgedessen sei zugunsten des Beklagten von der Summe von 36.500 RM auszugehen, die, im Verhältnis 10 : 1 umgestellt, den zuerkannten Betrag von 3.650 DM /BDL darstellen. Die Berechtigung des Klägers, Zahlung an sich selbst zu verlangen, folge aus seiner persönlichen Stellung als Vertragspartner des Treuhandvertrages, sowie aus der Tatsache, daß der Gesellschaft selbst zustehende Ansprüche aus § 43 GmbH-Ges wegen Verletzung der Geschäftsführerplichten zufolge der kurzen Verjährungsfrist des § 43 Abs 4, von der der Beklagte ausdrücklich Gebrauch gemacht habe, nicht mehr geltend gemacht werden könnten und somit Belange irgendwelcher Gläubiger nicht betroffen würden.

Die Angriffe der Revision richten sich gegen die rechtliche Beurteilung der Anspruchsgrundlagen und auch gegen die Höhe des dem Kläger zuerkannten Betrages.

1. Die Revision vertritt die Auffassung, die angeblichen Vertragsverletzungen des Beklagten berührten nicht den Treuhandvertrag betreffend die Übertragung der Geschäftsanteile auf den Beklagten, sondern den Geschäftsführervertrag zwischen dem Beklagten und der GmbH. Es seien unmittelbare vertragliche Verpflichtungen aus dem Geschäftsführervertrag

zwischen der GmbH und dem Beklagten entstanden, für die die besondere Regelung des § 43 GmbH-Ges gelte. Damit sei unvereinbar, daß der Beklagte daneben einer besonderen Haftung aus dem Treuhandverhältnis unterliege. Vielmehr seien die Verpflichtungen aus dem Treuhandvertrag zwischen dem wirklichen Inhaber der GmbH und dem Beklagten, soweit sie sich auf die Verpflichtungen aus dem Geschäftsführervertrag beziehen liessen, durch das Entstehen der unmittelbaren vertraglichen Verpflichtungen aus dem Geschäftsführervertrag zwischen der GmbH und dem Beklagten konsumiert worden.

Diesen Bedenken der Revision kann nicht beigespflichtet werden.

Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß der zwischen den Prozeßparteien abgeschlossene Treuhandvertrag bezüglich der Verwaltung der Geschäftsanteile den Beklagten verpflichtete, auch in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer jegliche Handlungen zu unterlassen, gegen die er als treuhänderischer Alleingesellschafter hätte einschreiten müssen. Aus seiner Treuhänderstellung folgte für ihn die Verpflichtung, alles zu tun, um Schäden von dem Kläger fernzuhalten. Er wäre daher, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, - nach der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer - auch dann zum Einschreiten verpflichtet gewesen, wenn ein Dritter als Geschäftsführer seine Obliegenheiten verletzt hätte. Wenn er selbst das Amt des Geschäftsführers inne hatte, so blieb er auch auf Grund des Treuhandvertrages bezüglich der Verwaltung der Geschäftsanteile verpflichtet, Schäden von dem Kläger fernzuhalten und sich demgemäß an die Abrede zu halten, die die Höhe seiner Entnahmen betraf.

Da es sich um eine Einmann-Gesellschaft handelte, wirkte die rechtsgeschäftliche Übertragung der Geschäftsanteile auf den Beklagten als Treuhänder gleichzeitig als Übertragung des

geschäftlichen Unternehmens und setzte ihn in die Lage, nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer Entnahmen unter dem Titel von Auszahlungen an ihn als Gesellschafter oder als Vergütung für Geschäftsführung aus dem Gesellschaftsvermögen zu machen. Wenn er solche Entnahmen tätigte, auf die er nach dem Treuhandvertrag keinen Anspruch hatte, und die zu den getroffenen Abreden in Widerspruch standen, so verletzte er seine Pflichten aus dem Treuhandvertrag und war daher dem Kläger gegenüber nach §§ 675, 667, 276, 249 BGB verpflichtet, das zu Unrecht entnommene Geld an die Stelle zurückzuzahlen, der er es entzogen hatte, es also der Gesellschaft wieder zuzuführen. Diesen Anspruch macht der Kläger mit seinem zulässigerweise in der Revisionsinstanz geänderten Antrag geltend, mit dem er nunmehr in erster Linie Zahlung der im Berufungsurteil dem Kläger zugesprochenen Summe statt an den Kläger an die GmbH begehrt.

Dieser Anspruch wird durch die besondere Regelung in § 43 GmbHG nicht berührt. Nach dieser Vorschrift haftet der Geschäftsführer wegen Verletzung seiner Obliegenheiten der Gesellschaft für den entstandenen Schaden. Eine Haftung der Geschäftsführer gegenüber dem Gesellschafter ist im GmbHG nur in § 31 Abs 6 vorgesehen, dessen Voraussetzungen hier nicht weiter in Betracht gezogen zu werden brauchen. Diese Vorschriften schließen aber nicht aus, daß sich eine Schadensersatzpflicht aus besonderen Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsführer und Gesellschafter ergeben kann (vgl Scholz, GmbHG-Kommentar, § 43 Anm 18). Die Ansicht der Revision, der Anspruch aus § 43 GmbHG konsumiere den Anspruch aus Verletzung eines Treuhandverhältnisses, würde den Kläger rechtlos stellen, da nur er Ansprüche aus dem Treuhandverhältnis hat. Der Erwägung der Revision, es sei rechtlich undenkbar, daß der Beklagte, der von der GmbH wegen Pflichtverletzungen als Geschäftsführer nicht mehr in Anspruch genommen werden könne, nur deshalb haften solle, weil er diese Pflichtverletzungen

als treuhänderischer Gesellschafter nicht verhindert habe, ist entgegenzuhalten, daß der Beklagte dem Kläger nicht deshalb haftet, weil er der Gesellschaft gegenüber Pflichtverletzungen begangen hat, sondern weil er sich nicht an die Abreden aus dem Treuhandvertrag gehalten hat.

2. Die Aktivlegitimation des Klägers ist nicht deshalb zu verneinen, weil der Kläger unter dem 25. April 1949 in London die aus dem Treuhandvertrage seines Schwiegersohns Lindenstrauß in dessen Vollmacht die materiell ihm zustehenden Ansprüche an die GmbH abgetreten hat.

Das Berufungsurteil läßt dahingestellt, ob diese Abtretung, wie der Kläger geltend gemacht und näher ausgeführt hatte, nach englischem Recht unwirksam ist. Es ist der Ansicht, daß die Abtretung auf jeden Fall einer devisenrechtlichen Genehmigung bedurfte, wobei unentschieden bleiben könne, ob diese von der englischen oder deutschen Devisenstelle oder von beiden Stellen zu erteilen war. Keine der damaligen Vertragsparteien habe, so führt das Berufungsgericht aus, die Absicht, unter Beibringung der devisenrechtlichen Genehmigungen Rechte aus dem Vertrage herzuleiten, sodaß er aus diesem Grunde einem nichtigen Rechtsgeschäft gleichzusetzen sei.

Demgegenüber vertritt die Revision die Auffassung, daß die damaligen Vertragsparteien sehr wohl Rechte aus diesem Vertrage herleiten. Anders sei es nicht zu erklären, daß im Wiedergutmachungsverfahren als Anspruchsberechtigte auch die GmbH, und zwar an erster Stelle vor dem Kläger genannt worden sei. Dieser Hinweis vermag die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts im Ergebnis nicht zu erschüttern. In dem von der Revision in Bezug genommenen Rückerstattungsverfahren hatten der jetzige Kläger und die GmbH dem Antragsgegner vorgeworfen, daß er als Geschäftsführer der GmbH unberechtigte Entnahmen zu seinen Gunsten vorgenommen, den Wieder-

aufbau des Betriebes hintertrieben und die Reingewinne, die er als Inhaber der Geschäftsanteile zu beziehen gehabt hätte, nicht abgerechnet und abgeliefert habe, und von dem Antragsgegner Rechnungslegung verlangt sowie Zahlung der sich aus der Rechnungslegung ergebenden Beträge und Entnahmen, soweit sie 5 % des Reingewinns überstiegen. Die Wiedergutmachungskammer hat den Rückerstattungsanspruch mit der Begründung zurückgewiesen, daß es sich um Ansprüche handele, für die eine Zuständigkeit der Wiedergutmachungsbehörde nicht gegeben sei. Wenn die Antragsteller in jenem Verfahren in dem von der Revision in Bezug genommenen Schriftsatz vom 11. Juli 1951 die Abtretungsurkunde vom 25. April 1949 vorgelegt haben, so ist daraus nicht zu folgern, daß auch nach Abschluß des RE-Verfahrens und nach Erhebung der vorliegenden Klage aus dieser Abtretung noch Rechte von den Vertragsparteien, also dem Kläger oder der GmbH, hergeleitet würden. In dem jetzigen Rechtsstreit hat der Kläger mit Schriftsatz vom 4. Oktober 1954 vorgetragen, daß die Parteien aus dieser Urkunde keine Rechte hergeleitet hätten, nachdem ihnen mitgeteilt worden sei, daß der Vertrag, der in London besprochen, aufgesetzt und unterschrieben worden sei, dem englischen Vertragsrecht widerspreche und daß für einen solchen Vertrag eine Genehmigung der Bank von England benötigt würde. Die Abtretungsurkunde sei deshalb als rechtsunwirksam seinerzeit dem Kläger zurückgegeben worden. Der Beklagte hat demgegenüber nicht darzulegen vermocht, daß die GmbH im Widerspruch zu diesem Vorbringen aus der Abtretung noch Ansprüche gegen ihn herleite. Unter diesen Umständen ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht ausführt, der vorliegende Rechtsstreit zeige, daß keine der damaligen Vertragsparteien die Absicht habe, Rechte aus dem Vertrag herzuleiten.

Sind sich aber beide Vertragsparteien darüber ergütig einig, aus der Abtretung deshalb, weil sie als rechtsunwirksam angesehen wurde, keine Rechte herzuleiten, so kann auch

derjenige, gegen den sich die "abgetretenen" Ansprüche richten, mangels eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses nicht einwenden, daß die Abtretung gleichwohl als wirksam anzusehen sei. Dieser Einwand des Beklagten wäre daher jedenfalls mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses wegen mißbräuchlicher Rechtsausübung zurückzuweisen. Deshalb kann dahingestellt bleiben, ob die Abtretung nach englischem Recht zu beurteilen wäre und nach diesem Recht wirksam oder unwirksam ist, oder ob sie, wie die Revision meint, nach deutschem Recht zu beurteilen wäre und nach diesem einer devisenrechtlichen Genehmigung der zuständigen deutschen Behörde bedurfte. Im letzteren Falle könnte die Abtretung dem Kläger auch deshalb nicht entgegengehalten werden, weil sie als gegenstandslos anzusehen wäre, nachdem die Vertragsparteien davon abgesehen haben, eine devisenrechtliche Genehmigung zu beantragen, und weil eine Genehmigung dann nicht erteilt wird, wenn die Parteien an dem Vertrag nicht mehr festhalten wollen. Der von dem Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß angenommene Wille beider Vertragsparteien, aus der Abtretung keine Rechte herzuleiten, kann daher auch als nach deutschem Recht wirksame Aufhebung des Abtretungsvertrages angesehen werden.

3. Das Berufungsgericht hat die Rechte und Pflichten des Beklagten nach den Vereinbarungen der Parteien über die dem Beklagten zustehende Vergütung bemessen. Die Revision macht demgegenüber geltend, mit Rücksicht auf die Steigerung der persönlichen Gefahr, der sich der Beklagte ausgesetzt habe, habe er davon ausgehen können, daß es dem mutmaßlichen Willen des Klägers entsprechen würde, wenn er in der übernommenen Stellung ausharrend sich sein Gehalt in der geschehenen Weise erhöhte. Dieser Erwägung ist jedoch entgegenzuhalten, daß das Berufungsgericht die in Betracht zu ziehenden Umstände vollständig gewürdigt und insoweit einen Rechtsfehler nicht begangen hat. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte könne sich nicht darauf

berufen, daß die vereinbarte Vergütung im Verhältnis zu dem übernommenen Risiko und der später angefallenen Arbeit zu gering gewesen sei. Das übernommene Risiko sei ihm bei Abschluß des Vertrages genau bekannt gewesen. Nach den übereinstimmenden Bekundungen der Zeugen habe sich der Beklagte auch nicht derart um den Geschäftsbetrieb kümmern müssen, daß eine Erhöhung seiner Bezüge gerechtfertigt gewesen wäre. Der Betrieb sei nach Erteilung der Prokura auch weiterhin fast ausschließlich von Fräulein He [REDACTED] geleitet worden. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang die Erwägung anstellt, auch der Beklagte sei offenbar nicht der Ansicht gewesen, daß eine Erhöhung seiner Bezüge gerechtfertigt sei, denn sonst hätte er sich mit entsprechenden Vorschlägen an den Kläger wenden können, mit dem er ausweislich einer zu den Akten gereichten Postkarte noch nach der eigenmächtig vorgenommenen Erhöhung seiner Bezüge in postalischer Verbindung gestanden habe, so kann der Revision zugegeben werden, daß eine Anfrage des Beklagten, die das Thema der Gehaltserhöhung betraf, in falsche Hände hätte geraten können und daß hierdurch dem Beklagten möglicherweise Unannehmlichkeiten entstanden wären. Es kommt aber nicht auf diese zusätzlichen Erwägungen des Berufungsgerichts entscheidend an, denn es ist nicht wesentlich, ob der Beklagte der Ansicht gewesen ist, daß eine Erhöhung seiner Bezüge gerechtfertigt sei, sondern darauf, ob er sich unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Falles als berechtigt ansehen durfte, seine Bezüge im Widerspruch zu den mit dem Kläger getroffenen Vereinbarungen zu erhöhen, und ob dies dem mutmaßlichen Willen des Klägers entsprach. Das hat der Beklagte nach Lage der Sache nicht darzulegen vermocht.

Als er sich im Jahre 1938 bereit erklärte, auch das Amt des Geschäftsführers zu übernehmen und in diesem Zusammenhang mit dem Kläger den Treuhandvertrag ergänzende Ver-

einbarungen über die Mindesthöhe seiner Bezüge traf, war für ihn übersehbar, welches Risiko hiermit für ihn verbunden war, und er muß sich daher an den Vereinbarungen festhalten lassen, die er mit dem Kläger über das Entgelt für seine Hilfestellung getroffen hat, und durfte sich nicht einseitig über diese Vereinbarungen hinwegsetzen.

4. Der Einwand der Revision, dem Kläger stehe ein Schadensersatzanspruch gegen Fräulein He[REDACTED] zu, weil sie die Einhaltung der Verjährungsfrist versäumt habe, ist rechtlich unerheblich, da der Beklagte den Kläger auf einen solchen Anspruch auch dann, wenn er bestehen sollte, nicht verweisen kann.

Die Rüge, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die GmbH höhere Beträge an Körperschaftssteuer hatte aufbringen müssen, wenn die dem Beklagten angeblich zuviel gezahlten Gehaltsbeträge in ihrem Vermögen verblieben wären, der Kläger wäre also nicht in voller Höhe der unberechtigten Entnahmen als geschädigt anzusehen, ist gegenstandslos geworden, nachdem der Kläger nunmehr in erster Linie Zahlung des zugesprochenen Betrages an die GmbH verlangt.

Schließlich rügt die Revision, das Berufungsgericht habe § 286 ZPO verletzt, indem es nicht gelten lasse, daß der Beklagte die ihm vertraglich zustehenden 5 % vom Reingewinn bis 1939 nicht erhalten habe.

Das Berufungsurteil führt in diesem Zusammenhang aus, der Vortrag des Beklagten, er habe für die Zeit bis 1939 die ihm vom Kläger zugebilligten 5 % am Reingewinn nicht erhalten, müsse wenig glaubwürdig erscheinen; denn er sei nach 1939 auf dahingehende Ansprüche, wie ebenfalls die Zeugin He[REDACTED] bekundet habe, nicht mehr zurückgekommen. Beide Parteien seien in Freundschaft verbunden gewesen. Der Kläger

habe B. erst 1939 verlassen. Es sei unwahrscheinlich, daß der Kläger den ihm in den Jahren bis 1939 obliegenden Pflichten insoweit nicht nachgekommen sei. Im übrigen hätten zur Höhe des Reingewinns auch keine Feststellungen mehr getroffen werden können, da sämtliche Unterlagen der GmbH verloren gegangen seien.

Diese tatsächlichen Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen. Die Revision meint nur, in den Ausführungen des Berufungsgerichts liege ein logischer Fehler, weil der Beklagte wie er vorgetragen habe, unter anderem gerade mit Rücksicht auf diese ausstehenden Forderungen sich für berechtigt gehalten habe, die monatlichen Mehrentnahmen vorzunehmen, er sei also gerade durch diese Mehrentnahmen auf seine alten Forderungen zurückgekommen. Das Berufungsgericht habe dies nicht berücksichtigt und damit § 286 ZPO verletzt.

Diese Rüge vermag jedoch das Berufungsurteil nicht zu erschüttern. Der Beklagte wäre für die Höhe seiner Ansprüche aus der Zeit bis 1939 beweispflichtig, während der Kläger an sich grundsätzlich die Erfüllung dieser Ansprüche nachzuweisen hätte. Abgesehen davon, daß der Beklagte nicht darzutun vermochte, welche Gewinne die GmbH bis Ende 1938 erzielt hatte, müßten seine Ansprüche jedenfalls als verwirkt angesehen werden, weil er nach 1938 ^{hierauf} nicht mehr zurückgekommen ist, wie die Zeugin He. bekundet hat. Das Vorbringen der Revision steht auch im Widerspruch dazu, daß der Beklagte in der Klagebeantwortung geltend gemacht hatte, der Kläger schulde ihm jetzt noch die Gewinnbeteiligung für die Zeit bis 1938 (Schriftsatz vom 31.12.1953 S 5, 6; Schriftsatz vom 5.3.1954 S 2), und die Entnahmen über 500 DM damit zu rechtfertigen suchte, daß sich das von ihm übernommene Risiko seit der Auswanderung des Klägers wesentlich erhöht habe und daß er für die GmbH eine weit größere Tätigkeit

entfaltet habe, als dies bei der im Jahre 1938 getroffenen Abrede vorgesehen gewesen sei. Nachdem der Beklagte mit dieser Begründung die höheren Entnahmen aus tatsächlichen Gründen nicht zu rechtfertigen vermochte, kann er sie nicht nachträglich auf die Behauptung stützen, er habe sich mit den höheren Entnahmen für Forderungen auf rückständige Gewinnbeteiligung für die Zeit bis Ende 1938 bezahlt gemacht, um so weniger, als der Beklagte dies in den Tatsacheninstanzen nicht behauptet hatte.

Demnach war die Revision des Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der im Berufungsurteil zuerkannte Betrag von 3.650 DM nebst Zinsen nicht an den Kläger auf ein Sperrkonto, sondern unmittelbar an die GmbH zu zahlen ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Canter Dr.Delbrück Dr.Fischer Artl. Dr.Winkelmann