

Verkündet

am 22. September 1954

Jodas, Just. Angest.
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 Siegmund G. [REDACTED],
L. P. [REDACTED]/B. [REDACTED],

Klägers, Berufungs- und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die F. [REDACTED] & P. [REDACTED] GmbH., vertreten durch ihre
Geschäftsführer, die Kaufleute Ernst F. [REDACTED] und
Karl-Heinz P. [REDACTED], H. [REDACTED], L. [REDACTED], V. [REDACTED]
C. [REDACTED]-D. [REDACTED],

Beklagte, Berufungs- und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. September 1954 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Drost, Dr. Haidinger, Dr.
Fischer, Dr. Kuhn und Artl für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts in Hamburg vom 3. März 1953 aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an den 1. Zivilsenat des Hanseati-
schen Oberlandesgerichts in Hamburg verwiesen,
der auch über die Kosten der Revisionsinstanz
zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 29. September 1949 gründeten die Kaufleute F. [REDACTED] und P. [REDACTED], die Inhaber der offenen Handelsgesellschaft F. [REDACTED] & P. [REDACTED] (Spielwarengroßhandel) waren, und Walter S. G. [REDACTED] (Bruder des Klägers) die beklagte GmbH. Nach einigem Hin und Her wurde das Stammkapital auf 21.000 DM festgesetzt und alle drei Gesellschafter gleichmäßig mit je 7.000 DM beteiligt. Im Jahre 1950 trat Walter S. G. [REDACTED] seinen Geschäftsanteil an den Kläger ab. Die GmbH führte aus der Sowjetzone Teppiche ein und dorthin zur Teppichverarbeitung benötigte Rohstoffe (Tierhaare, Teppichwolle und Hanfgarne) aus. Die Gebrüder G. [REDACTED] führten der GmbH Millionengeschäfte zu. Im Frühjahr 1951 warf der Kläger den Kaufleuten F. [REDACTED] und P. [REDACTED], die die Geschäftsführer der GmbH waren, vor, sie hätten ihre Stellung als Geschäftsführer gröblichst mißbraucht und vorsätzlich zum Nachteil der Gesellschaft gehandelt (§ 81 a GmbHG). Unter anderem behauptete der Kläger, F. [REDACTED] und P. [REDACTED] hätten größere Gewinne dadurch für sich abgeschöpft, daß sie Einfuhren über ihre OHG geleitet und diese dann zu höherem Preise an die GmbH weiterverkauft hätten. Er beauftragte die Wirtschaftsprüfer St. [REDACTED] und W. [REDACTED] damit, festzustellen, ob F. [REDACTED] und P. [REDACTED] die Geschäfte der GmbH ordnungsgemäß geführt hätten und welchen Wert sein Geschäftsanteil habe. Der Prüfungsbericht stellte zahlreiche Verfehlungen fest und bewertete den Geschäftsanteil des Klägers auf 350.000 DM. Am 16. November 1951 kam es zu einem Vergleich: In notarieller Urkunde trat der Kläger seinen Geschäftsanteil an die Beklagte für 136.500 DM ab; die Beklagte gab dem Kläger Wechsel in Höhe von 135.000 DM und übereignete ihm für den Rest einen PKW; privatschriftlich verpflichtete sich die OHG, an Walter S. G. [REDACTED] 160.000 DM zu zahlen, die in Höhe von

45.000 DM als Gewinnbeteiligung bis zur Gründung der GmbH, in Höhe von 100.000 DM als Abfindung der Gewinnbeteiligung an der GmbH und in Höhe von 15.000 DM als Ersatz entstandener Anwaltskosten bezeichnet wurden (Bl 85).

Mit Schreiben vom 18. Januar 1952 focht der Kläger den notariellen Vertrag wegen arglistiger Täuschung an. Er beantragt, die Nichtigkeit dieses Vertrages festzustellen. Er behauptet: 1.) Die Beklagte habe Zahlungen von 102.791 DM als Provisionen für K. [REDACTED] und M. [REDACTED] verbucht; an beide seien jedoch keine Provisionen gezahlt worden, F. [REDACTED] und P. [REDACTED] hätten sich vielmehr Beträge dieser Höhe in die eigene Tasche gesteckt. 2.) Die OHG habe nicht bloß, wie aus den Unterlagen der GmbH ersichtlich und von St. [REDACTED] und W. [REDACTED] festgestellt, für 857.600 DM - sie wurden der GmbH für 1.089.000 DM weiterverkauft -, sondern weit mehr Teppiche eingeführt; das hätten F. [REDACTED] und P. [REDACTED] bei der Prüfung durch St. [REDACTED] und W. [REDACTED] verschwiegen. 3.) Sie hätten auch Rohstoffausfuhren statt durch die GmbH durch die OHG und andere ihnen gehörende Firmen vorgenommen und so der GmbH hohe Gewinne entzogen; auch das hätten sie bei der durch St. [REDACTED] und W. [REDACTED] vorgenommenen Betriebsprüfung nicht offenbart. Zum Beweise der beiden letzteren Behauptungen hat sich der Kläger auf eidliche Vernehmung von F. [REDACTED] und P. [REDACTED] berufen. Die Behauptung, daß auch die OHG Teppichrohstoffe in die Sowjetzone geliefert habe, hat er durch die Behauptung unterstützt, F. [REDACTED] und P. [REDACTED] hätten dem Kaufmann T. [REDACTED], der für sie Teppichrohstoffe aufgekauft habe, gesagt, er solle dem Kläger gegenüber über diese Geschäfte schweigen. Der Kläger hat sich für diese Behauptung auf das Zeugnis des T. [REDACTED] berufen.

Die Beklagte hat bestritten, daß ihre Geschäftsführer Verfehlungen begangen und den Kläger zum Abschluß



des Vertrages vom 16. November 1951 getäuscht hätten. Sie ist der Ansicht, der Kläger könne den Vergleich nicht anfechten, da er nach seinem eigenen Vortrag auf Grund des Prüfungsberichts von St. [REDACTED] und W. [REDACTED] davon ausgegangen sei, daß F. [REDACTED] und P. [REDACTED] schwerste Verstöße gegen § 81 a GmbHG begangen und die GmbH um Hunderttausende gebracht hätten, und sich gleichwohl und obwohl seine Wirtschaftsprüfer die Beteiligung allein an der GmbH mit 350.000 DM bewertet hätten, mit 136.500 DM für sich und 160.000 DM für seinen Bruder begnügt habe. Die Beklagte behauptet, die Wirtschaftsprüfer des Klägers seien davon unterrichtet gewesen, daß die 102.791 DM Provisionszahlungen für Teppicheinfuhren zum Rechnungsbetrag von 399.396,48 DM gewesen seien. Weil der Einkauf sehr günstig gewesen sei und gleich Warenbegleitscheine mit hätten zur Verfügung gestellt werden können, hätten so hohe Provisionen gegeben werden können. An M. [REDACTED] seien drei Beträge von zusammen 102.791,37 DM gezahlt und von ihm auch quittiert worden. Zum Beweise hierfür hat die Beklagte Fotokopien dreier Quittungen vorgelegt und erklärt, daß F. [REDACTED] und P. [REDACTED] bereit seien, sich eidlich darüber vernehmen zu lassen, daß M. [REDACTED] die 102.791,37 DM als Provisionen erhalten habe. Die Beklagte ist der Ansicht, daß die Vernehmung ihrer beiden Geschäftsführer zu den behaupteten Rohstofflieferungen der OHG und deren Teppicheinfuhren Ausforschungsbeweis und darum unzulässig sei. Die von T. [REDACTED] vermittelten Geschäfte seien in den Büchern der OHG verbucht, die OHG sei bereit, die Bücher vorzulegen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter, während die Beklagte um Verwerfung, hilfsweise um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision stützt den Verwerfungsantrag auf die Behauptung, der Kläger habe der Beklagten die Wechsel am Tage nach Erlaß des Berufungsurteils präsentiert und von ihr bezahlt erhalten. Zu Unrecht sieht sie darin den Wegfall der Beschwer des Klägers. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob die Abweisung der Klage den Kläger auch dann noch beschwerte, wenn er den angefochtenen Vergleich bestätigt und ^{den} Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des Vergleichs damit selbst den Boden entzogen hätte. Denn von einer Bestätigung des Vergleichs kann keine Rede sein, da der Kläger ein berechtigtes Interesse daran hatte, die ihm, sei es auf Grund des Vergleichs, sei es auf Grund fortbestehenden Gesellschaftsverhältnisses zustehenden Wechselsummen zu erhalten, und durch seine eigene Anfechtungserklärung nicht gut gezwungen sein konnte, entweder die Wechsel für die Dauer des Prozesses zu stunden oder den Vergleich zu bestätigen.

II. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die Täuschungsbehauptung beachtlich sei. Wer sich mit einem anderen über dessen Verfehlungen vergleicht, kann mit der Anfechtung des Vergleichs wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung nicht durchdringen, wenn er damit rechnete, noch nicht alle Verfehlungen erfahren zu haben, sich aber gleichwohl, also ohne Rücksicht auf den Umfang der Verfehlungen, zu einer Einigung bereit findet. Wer dagegen nur mit Verfehlungen bestimmten Umfangs rechnet, ist zur Anfechtung des Vergleichs berechtigt, wenn sich nach der Verständigung Verfehlungen erheblich größeren Umfangs herausstellen (vgl. das Senatsurteil vom 7.2.53 II ZR 213/52 - LM Nr 4 zu § 123 BGB). Einen Fall der letzteren Art behauptet der Kläger.

III. Rechtlich verfehlt ist aber die Stellungnahme des Berufungsurteils zur angeblichen Täuschung.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, die Beklagte habe die umstrittenen 102.791,37 DM tatsächlich aufgewendet; sie habe diesen Betrag zwar nicht an M. [REDACTED] geleistet; 95.000 DM habe sie unzulässigerweise an die im Sowjetsektor von Berlin ansässige Deutsche Ein- und Ausfuhrsgesellschaft (Deag) und etwa 6.000 DM Provision an Co. [REDACTED] als Vermittler gezahlt; es lasse sich daher nicht feststellen, daß sich Foldt und Preuss die umstrittenen rund 102.000 DM angeeignet hätten. Das Berufungsgericht stützt sich hierzu auf die in der letzten mündlichen Verhandlung in Abwesenheit des Klägers vernommenen Zeugen Heinz F. [REDACTED] (Bruder des Geschäftsführers F. [REDACTED]) und Léon Sch. [REDACTED], deren Aussagen es als glaubhaft und durch Quittungen belegt bezeichnet.

a) Die Revision bezweifelt, daß die Beklagte an die Deag und an Co. [REDACTED] zusammen 102.000 DM gezahlt habe. Sie weist darauf hin, daß Quittungen von der Deag und von Co. [REDACTED] nicht vorgelegt worden sind, und macht geltend, mit den Quittungen, die nach Ansicht des Berufungsurteils die Aussagen von Heinz F. [REDACTED] und Léon Sch. [REDACTED] unterstützen sollen, könnten nur die mit dem Namen M. [REDACTED] unterschriebenen Quittungen gemeint sein und diese Quittungen könnten nur entweder gefälscht oder unrichtig sein. Sie führt weiter aus, daß die Aussagen von Heinz F. [REDACTED] und Léon Sch. [REDACTED] mit Vorsicht aufzunehmen seien, da sie im Widerspruch zur gesamten Verteidigung der Beklagten in diesem Punkte ständen und die Beklagte zudem erklärt habe, ihre Geschäftsführer F. [REDACTED] und P. [REDACTED] könnten beides, daß M. [REDACTED] die in den Quittungen genannten Beträge als Provision für von der Vermittlergruppe K. [REDACTED]-M. [REDACTED]-Pr. [REDACTED] vermittelte Geschäfte erhalten habe.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Aussagen von Heinz F. [REDACTED] und Léon Sch. [REDACTED] in krassem Widerspruch zu dem Verteidigungsvorbringen der Beklagten und dem Eideser-bieten ihrer Geschäftsführer stehen. Das Berufungsgericht hat diesen Umstand mit keinem Worte gewürdigt. Es sagt auch nicht, wieso es die beiden Zeugen für glaubwürdig hält; das hätte jedoch bei der hier gegebenen besonderen Sachlage nicht unterbleiben dürfen. Gleichviel, ob die mit dem Na-men M. [REDACTED] versehenen Quittungen unwahr oder gefälscht sind, konnten sie nicht die Aussagen von Heinz F. [REDACTED] und Léon Sch. [REDACTED] unterstützen, welche beiden Zeugen von der Beklagten dafür benannt waren, daß die 102.791,37 DM Pro- visionen und an M. [REDACTED] gezahlt seien. Die Beklagte hat diese Behauptung selbst nach Erlass des Beweisbeschlus- ses vom 17. Oktober 1952, die die Beweiserhebung über die- se Behauptung anordnete, nicht fallen gelassen. Wenn die Quittungen mit dem Namen M. [REDACTED] fingiert waren, so konnte mit ihnen ebensogut eine Untreue der Geschäftsfüh- rer der Beklagten verdeckt werden sollen. War auf Grund der beiden Zeugenaussagen anzunehmen, daß die "Quittungen" falsch sind, so war bewiesen, daß der gesamte Prozeßvortrag der Beklagten zu diesem Punkte aus Prozeßlügen bestand und daß sich die Geschäftsführer der Beklagten zum Eide für Unwahrheiten erbieten hatten. Unter diesen Umständen und weil von der Deag und von Co. [REDACTED] weder eine Quittung noch überhaupt eine Äußerung vorliegt, hätte die Feststellung, daß die 102.791,37 DM an die Deag und Co. [REDACTED] gezahlt wor- den seien, ganz besonderer Begründung bedurft.

b) Wäre aber davon auszugehen, daß dieser Betrag an die Deag und an Co. [REDACTED] gezahlt wurde, so kann kein Zwei- fel daran bestehen, daß die Beklagte den Kläger arglistig getäuscht hat. Denn sie will den Prüfern des Klägers ge- sagt haben, es handele sich um Provisionszahlungen, eine Angabe, die die Beklagte im Prozeß laufend wiederholt hat

und unwahr ist, wenn die Zahlung an die Deag und an Co [REDACTED] als erwiesen anzusehen wäre.

Es konnte sich dann nur darum handeln, ob die bewußt falsche Angabe, der umstrittene Betrag stelle Provisionen dar, für den Vergleich ursächlich war. Diese Frage hat das Berufungsgericht nicht behandelt, weil es schon die Täuschung verneinte. Sie löst sich nicht von selbst, da eine Provision das Entgelt einer Tätigkeit ist, während der angeblichen Zahlung an die Deag eine entsprechende Menge Ware hätte gegenüberstehen müssen. Es hätte daher geprüft werden müssen, ob bei der Beklagten auch der entsprechende Wareneingang verbucht ist.

2. Eine Beweiserhebung darüber, ob die OHG mehr als für 857.600 DM Teppiche eingeführt und ihrerseits Teppichrohstoffe ausgeführt hat, durfte nicht unterbleiben.

Das Berufungsgericht hat allerdings darin recht, daß der Antrag des Klägers, die Geschäftsführer der Beklagten darüber zu vernehmen, daß die OHG mehr Teppiche, als von St [REDACTED] und W [REDACTED] festgestellt, eingeführt und Teppichrohstoffe in die Sowjetzone ausgeführt habe, auf unzulässige Ausforschung hinausläuft. Der Revision ist zuzugeben, daß F [REDACTED] und P [REDACTED] gegenüber dem Kläger als ihrem Mitgesellschafter verpflichtet waren, Auskunft auch über alle unzulässigerweise über eigene Firmen abgewickelten Ein- und Ausfuhrgeschäfte über Teppiche und Teppichrohstoffgeschäfte zu erteilen hatten. Das kann aber jetzt ihre ausforschende Vernehmung nicht rechtfertigen, da der Kläger durch den Abschluß des Vergleichs seine Gesellschafterrechte und damit auch das Auskunftsrecht verloren hat und es im vorliegenden Rechtsstreit darum geht, ob er an diesen Vergleich gebunden ist. Bei diesem Streit kann nicht

für die Vernehmung der beiden Geschäftsführer der Beklagten als Ergebnis vorweggenommen werden, daß die Anfechtung begründet und der Kläger noch Gesellschafter sei.

Nach den von St. [REDACTED] und W. [REDACTED] abschriftlich mitgeteilten Verträgen vom 1. Oktober 1949 und 2. Januar 1951 (Anlagen VI und VII des Prüfungsberichts) hat sich die OHG von der GmbH 5% Provision als Entschädigung für die Abgabe des Teppich- und Gardinengeschäfts zusagen lassen. Es war zu prüfen, ob diese Vereinbarung es nicht ohne weiteres ausschloß, daß sich die OHG weiterhin auf dem Gebiete des Teppicheinkaufs und des Verkaufs von Teppichrohstoffen betätigte. Dasselbe konnte sich auch ohne Vereinbarung aus der Gesellschaftertreue von F. [REDACTED] und P. [REDACTED] gegenüber dem Kläger ergeben.

Die Beklagte hat auf S 9 ihres Schriftsatzes vom 14. Mai 1952 (Bl 42) eingeräumt, daß die OHG in der Zeit zwischen der Prüfung durch St. [REDACTED] und W. [REDACTED] bis zum Vergleich für weitere 1.027.000 DM Teppiche eingeführt und für 1.293.000 DM an die GmbH weiterverkauft hat. Die OHG hat in dieser Zeit also einen Zwischenverdienst in Höhe von 266.000 DM gezogen und damit diesen Betrag von den Gewinnen der GmbH vorweg abgeschöpft. Dieses Geständnis der Beklagten durfte nicht unbeachtet bleiben, es sei denn, der Kläger wäre bei Abschluß des Vergleichs davon ausgegangen, seine Mitgesellschafter F. [REDACTED] und P. [REDACTED] würden die Abschöpfung von Gewinnen durch die OHG auch trotz seiner Abmahnung und noch nach der vorgenommenen Betriebsprüfung fortsetzen.

Der Kläger hatte sich auf die Geschäftsbücher der OHG bezogen (S 15 der Berufungsbegründung, Bl 83). Die Beklagte, deren Geschäftsführer zugleich die Gesellschafter der OHG sind, hat auf S 15 der Berufungsbeantwortung (Bl 110) erklärt, sie sei von der OHG ermächtigt, die Bücher der OHG einem gerichtlichen Sachverständigen zur Nachprüfung zur

Verfügung zu stellen. Die Überprüfung der Bücher der OHG durch einen Sachverständigen war darum ohne weiteres möglich.

Der Kläger hatte ferner in das Wissen des T. gestellt, daß ihn die Geschäftsführer der Beklagten gebeten hätten, über die mit ihm getätigten Geschäfte dem Kläger gegenüber zu schweigen. Unter den ungewöhnlichen Umständen des vorliegenden Falles war dies ein gewichtiges Indiz, das, im Gesamtrahmen betrachtet, den Schluß zuläßt, daß F. und P. einiges gegenüber dem Kläger zu verbergen hatten.

Nach alledem mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden. Die Verweisung der Sache an einen anderen Senat erschien zweckmäßig.

Da die Kostenentscheidung vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt, war sie auch in Ansehung der Kosten der Revisionsinstanz dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Drost

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Artl