

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II_ZR_115/67

URTEIL

Verkündet am

16. Januar 1969

Kaufmann,

Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. der Bernhard M. KG, vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter, den Beklagten zu 2,
2. des Kaufmanns Dr. Heinz B., W., I.,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Karl K., D., I. str.

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Kuhn und der Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Schulze und Fleck

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 21. März 1967 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagten Zinsen erst vom 1. Januar 1962 ab zu zahlen haben und das Berufungsurteil im Kostenpunkt geändert wird.

Es werden auferlegt:

die im ersten Rechtszug durch den Zwischenstreit entstandenen besonderen Kosten den Beklagten, von den übrigen Kosten des ersten Rechtszugs

1/11 dem Kläger und 10/11 den Beklagten,
von den Kosten des Berufungsverfahrens

1/14 dem Kläger und 13/14 den Beklagten,
von den Kosten der Revisionsinstanz

1/26 dem Kläger und 25/26 den Beklagten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger war bis zum 31. Dezember 1952 Kommanditist der verklagten Gesellschaft.

In den Jahren 1950/51 hatte die Gesellschaft an die britische Besatzungsmacht Wolldecken verkauft. Wegen ihrer

Kaufpreisforderung und einer Schadensersatzforderung aus der Teilstornierung eines der Besatzungsaufträge hat sie sich Anfang März 1961 mit dem Regierungspräsidenten in Köln verglichen und die Vergleichssumme von 1.250.000 DM am 9. März 1961 erhalten. Davon hat der Kläger im Oktober 1961 erfahren. Daraufhin hat die Gesellschaft durch den Wirtschaftsprüfer Prof. Dr. M. den nach dem früheren Gewinnverteilungsschlüssel auf den Kläger entfallenden Teil der Vergleichssumme berechnen lassen, hat mit einer ihr aus einem Kostenfestsetzungsbeschuß vom 5. Oktober 1961 gegen den Kläger zustehenden Forderung aufgerechnet und den ihrer Meinung nach auf den Kläger noch entfallenden Rest Mitte November 1961 an ihn überwiesen.

Der Kläger meint, ihm gebührten weitere 70.303,38 DM nebst Zinsen. Er macht diese Ansprüche mit der vorliegenden Klage gegen die Gesellschaft und ihren persönlich haftenden Gesellschafter geltend.

Die Beklagten leiten ihre Einwendungen aus einem am 28. Oktober 1954 vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf protokollierten Vergleich her. Danach sollte Prof. Dr. Minz das Abfindungsguthaben des Klägers zum 31. Dezember 1952 ermitteln. In einem bei Vergleichsabschluß beim Landgericht Düsseldorf anhängigen Rechtsstreit 16/5 O 243/53 sollte zunächst das Ruhen des Verfahrens herbeigeführt werden. Für den Fall, daß eine Partei die von Prof. Dr. M. getroffene Bestimmung nicht gelten lassen wollte, sollte der Kläger berechtigt sein, den Rechtsstreit unter entsprechender Klageänderung aufzunehmen. Von diesem Recht hat der Kläger Gebrauch gemacht. Er verlangt dort - der Rechtsstreit ist seit 1960 bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf anhängig (sog. Düsseldorfer Rechtsstreit) - unter anderem sein Abfindungsguthaben zum 31. Dezember 1952.



Die Beklagten machen geltend, der Anteil des Klägers an dem Ergebnis des Wolldeckengeschäfts sei kraft Gesetzes oder auf Grund des Vergleichs unselbständiger Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung und könne daher nur als Teil des Abfindungsguthabens in dem Düsseldorfer Rechtsstreit eingeklagt werden. Der Kläger habe im übrigen erhalten, was ihm nach der von Prof. Dr. M. [REDACTED] getroffenen Bestimmung zustehe. Mehr könne er nicht verlangen, weil die Parteien Prof. Dr. M. [REDACTED] durch den Vergleich zum Schiedsgutachter bestellt hätten und seine Berechnung für sie verbindlich sei.

Nachdem die unter Berufung auf den Düsseldorfer Rechtsstreit erhobene Einrede der Rechtshängigkeit verworfen worden war (vgl. das Urteil des Senats vom 15. April 1965 - II ZR 189/64 -, abgedruckt WM 1965, 765), hat das Landgericht der Klage unter Abweisung eines Teils der Zinsansprüche stattgegeben.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage zu einem Teilbetrag von 2.561,39 DM nebst Zinsen abgewiesen, im übrigen aber die Berufung zurückgewiesen. Danach haben die Beklagten an den Kläger zu zahlen:

1. 67.741,99 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 10. März 1961,
2. 5 % Zinsen von 81.802,15 DM vom 10. März bis zum Erlaß des Kostenfestsetzungsbeschlusses über 22.406,11 DM am 5. Oktober 1961
und
3. 5 % Zinsen von 59.376,14 DM vom 6. Oktober bis zu deren Zahlung am 14. November 1961.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstreben die Beklagten auch insoweit die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Der Kläger ist durch den Düsseldorfer Rechtsstreit der den Anspruch nach § 738 BGB zum Gegenstand hat, nicht gehindert, mit der vorliegenden, auf § 740 BGB gestützten Klage seinen Anteil am Ergebnis des erst im Jahre 1961 abgewickelten Wolldeckengeschäfts zu verlangen.

1. a) Die Revision beruft sich demgegenüber in erste Linie auf eine Erwägung des Urteils vom 15. April 1965. Dort hatte der Senat die rechtliche Selbständigkeit der Ansprüche aus § 738 BGB und § 740 BGB damit begründet, es sei gerade der Sinn des § 740 BGB, daß die Auseinandersetzungsrechnung nicht mit der Abwicklung der schwebenden Geschäfte belastet werde.

Die Revision entnimmt dem, das Gesetz habe den sich aus der Auseinandersetzung ergebenden Anspruch vor dem aus den schwebenden Geschäften privilegieren wollen: Sei jener früher als dieser zur Entscheidung reif, so könne die Gesellschaft oder bei negativem Kapitalkonto der Ausgeschiedene nicht einwenden, es müsse zunächst die Abwicklung der schwebenden Geschäfte abgewartet werden; im umgekehrten Falle dagegen könne über beide Ansprüche nur gleichzeitig entschieden werden.

Das ist nicht richtig. Der Anspruch auf Beteiligung am Ergebnis der schwebenden Geschäfte wird, wenn nichts anderes vereinbart ist, im allgemeinen später fällig als derjenige auf das Abfindungsguthaben nach § 738 oder den Ausgleich des negativen Kapitalkontos nach § 739 BGB. Der entspricht es, daß diese beiden Ansprüche bei baldiger Einigung der Beteiligten früher erfüllt werden können als solche aus § 740 BGB. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen

um also die Ermittlung des positiven oder negativen Abfindungsguthabens nicht durch die Berücksichtigung der schwebenden Geschäfte zu verzögern (vgl. das Urteil des Senats in LM BGB § 740 Nr. 1), mußte das Gesetz den Anspruch aus schwebenden Geschäften verselbständigen. Für den Fall, daß dieser Anspruch ausnahmsweise einmal der Höhe nach früher feststeht als derjenige aus §§ 738 oder 739 BGB, würde es, wie der Revision zugegeben werden mag, einer solchen Verselbständigung nicht unter allen Umständen bedurft haben. Das Gesetz hat aber den Anspruch aus schwebenden Geschäften gegenüber demjenigen aus der Auseinandersetzung ohne Einschränkung verselbständigt. Darum kann nicht mit der Revision gesagt werden, es habe den sich aus der Auseinandersetzung ergebenden Anspruch vor dem aus den schwebenden Geschäften privilegiert.

Demgemäß ist der von der Revision gezogene Schluß, der Ausgeschiedene sei, wenn sich die Auseinandersetzung verzögere, gehindert, einen Anspruch aus inzwischen abgewickelten Geschäften unabhängig davon in einem anderen Rechtsstreit geltend zu machen, gleichfalls nicht gerechtfertigt.

b) Zu diesem Schluß nötig ist auch nicht das Interesse der Gesellschaft, das die Revision für schutzwürdiger hält als dasjenige des Ausgeschiedenen.

Der Ausgeschiedene muß es, um eine schnelle Auseinandersetzung zu ermöglichen, in Kauf nehmen, zum Ausgleich eines negativen Kapitalkontos verurteilt zu werden, auch wenn Grund zu der Annahme besteht, daß er die Urteilssumme später als Gewinn aus schwebenden Geschäften wieder zurückerfordern kann (so schon das Urteil des Senats vom 15. April 1965). Deshalb muß bei einem langwierigen Aus-

einandersetzungsverfahren umgekehrt der Gesellschaft zugemutet werden, dem Ausgeschiedenen den Gewinn an schwebenden Geschäften auszuzahlen, auch wenn ihr möglicherweise noch ein erst später feststellbarer Anspruch auf Ausgleich des negativen Kapitalkontos zusteht. Das gilt um so mehr, als andererseits der Ausgeschiedene anteilmäßig auch den Verlust aus schwebenden Geschäften ohne Rücksicht darauf ersetzen muß, ob er noch einen erst später feststellbaren Abfindungsanspruch hat.

Muß der Ausgeschiedene zuerst zahlen, so kann die Durchsetzbarkeit seines etwaigen Gegenanspruchs ebenso gefährdet sein, wie im umgekehrten Falle die Durchsetzbarkeit des Anspruchs der Gesellschaft. Auch kann die frühere Verurteilung den Ausgeschiedenen wirtschaftlich ebenso schwer treffen wie die Gesellschaft.

Die Gesellschaft wird mithin entgegen der Ansicht der Revision dadurch, daß der Ausgeschiedene einen Anspruch aus § 740 BGB geltend machen kann, noch ehe das Ergebnis der Auseinandersetzungsrechnung feststeht, nicht in unzumutbarer Weise belastet.

c) Ob der Ausgeschiedene, wie das Berufungsgericht meint, in besonders gelagerten Ausnahmefällen gemäß § 242 B mit der Geltendmachung seines Gewinnanspruchs warten muß, bis mit Sicherheit gesagt werden kann, daß er der Gesellschaft nichts schuldet, braucht nicht entschieden zu werden. Denn die Beklagten haben keine Umstände vorgebracht, die die Annahme rechtfertigen könnten, der Kläger verstoße mit der sofortigen Geltendmachung seines Anspruchs aus dem Wolldeckengeschäft gegen Treu und Glauben.

2. Zu Unrecht spricht die Revision der Klage mit der Begründung das Rechtsschutzinteresse ab, der Klaganspruch habe nicht in einem besonderen Prozeß geltend gemacht werden dürfen, weil es einfacher und billiger gewesen wäre, ihn mit in dem Düsseldorfer Rechtsstreit zu erheben. Es kann offen bleiben, ob dieser Gesichtspunkt rechtlich überhaupt erheblich ist. Denn das Berufungsgericht sagt im angefochtenen Urteil, das Ende des Düsseldorfer Rechtsstreits sei noch gar nicht abzusehen. Aus diesem Grunde kann das Interesse an gesonderter Geltendmachung des Anspruchs aus dem Wolldeckengeschäft nicht verneint werden.

3. Des weiteren bekämpft die Revision die Ansicht des Berufungsgerichts, die Parteien hätten keine von der Regelung des § 740 BGB abweichende Vereinbarung getroffen. Sie meint, eine solche in dem Vergleich vom 28. Oktober 1954 finden zu können, weshalb es auf das Verhältnis von § 740 zu § 738 BGB nicht ankomme.

Ihr kann jedoch auch darin nicht gefolgt werden.

a) Es ist unerheblich, ob die Parteien in dem Vergleich, wie die Beklagten meinen, den Wirtschaftsprüfer Prof. Dr. Minz auch damit betraut haben, die etwaige Beteiligung des Klägers an dem Ergebnis des Wolldeckengeschäfts zu ermitteln; denn durch eine solche Abrede wäre das Recht des Klägers, seinen durch wen auch immer errechneten Gewinnanspruch außerhalb des Auseinandersetzungsrechtsstreits geltend zu machen, nicht ausgeschlossen worden.

Ebensowenig können die Beklagten damit durchdringen, die Parteien hätten im Vergleich vom 28. Oktober 1954 vereinbart, die Forderung aus dem Wolldeckengeschäft als unselbständigen Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrech-

nung zu behandeln. Bei einer solchen Vereinbarung, die sich jedenfalls dem Wortlaut nach aus dem Vergleich nicht ergibt, hätte die Forderung der Gesellschaft nach dem Sach- und Streitstand zum 31. Dezember 1952 geschätzt und mit diesem Schätzwert von vornherein in der Ausein- setzungsbilanz aktiviert werden müssen. So haben die Be- klagten den Vergleich aber selbst nicht verstanden. Sie waren vielmehr damit einverstanden, daß Prof. Dr. M. die Kaufpreis- und Schadensersatzansprüche der Gesell- schaft (in seinem Hauptgutachten vom 6. August 1956, S. 103) als Ansprüche aus noch schwebenden Geschäften zu- nächst unberücksichtigt ließ und insoweit nur ausführte, der Kläger sei "an dem evtl. Eingang der bei der Substanz- wertermittlung voll wertberichtigten Forderungen gegenüber dem Land Nordrhein-Westfalen seiner Beteiligungsquote ent- sprechend zu beteiligen". Die Beklagten haben demgemäß erst im Herbst 1961, nach Bekanntwerden des Vergleichs der Gesellschaft mit dem Regierungspräsidenten in Köln, den Anteil des Klägers nach § 740 BGB durch Prof. Dr. Minz errechnen lassen.

b) Selbst wenn Abschn. V Abs. 3 des Vergleichs den Kläger berechtigte, in dem Düsseldorfer Rechtsstreit auch seinen Gewinnanteil aus dem Wolldeckengeschäft zu fordern, so heißt das nicht, daß er dies auch tun mußte.

4. Das Berufungsgericht hat auch noch auf das Ver- halten der Gesellschaft im Herbst 1961 abgestellt. Inso- weit stellen sich seine von der Revision angegriffenen Ausführungen jedoch nur als Hilfsbegründung dar, auf die es nach den vorstehenden Darlegungen nicht ankommt.

II. Die Revision entnimmt dem Vergleich und einer Reihe von Hilfstatsachen, daß der Vergleich auch für die schwebenden Geschäfte gelten und daß Prof. Dr. M. Schieds- gutachter sein sollte.

Damit kann die Revision gleichfalls nicht durchdringen.

1. Der Vergleich bestimmt in seinem Abschn. I, daß der Kläger zum 31. Dezember 1952 aus der Gesellschaft ausscheide, und in seinen Abschnitten II und III, wie das dem Kläger zustehende Abfindungsguthaben von Prof. Dr. M. [REDACTED] zu ermitteln, wie es zu verzinsen und wie es auszuzahlen sei. Wird, so heißt es in Abschn. V Abs. 2, das Abfindungsguthaben einverständlich auf der Grundlage der von Prof. Dr. M. [REDACTED] getroffenen Bestimmungen oder auf der Grundlage einer anschließend von den Parteien getroffenen Abrede festgesetzt und gezahlt, so sei der Düsseldorfer Rechtsstreit für in der Hauptsache erledigt zu erklären. Sollte dagegen, sagt Abschn. V Abs. 3, eine Partei die von Prof. Dr. M. [REDACTED] getroffene Bestimmung nicht gelten lassen wollen oder sollte die Gesellschaft mit der Auszahlung des von ihr anerkannten Abfindungsguthabens in Verzug geraten, so sei der Kläger berechtigt, den Düsseldorfer Rechtsstreit unter entsprechender Klagänderung aufzunehmen; die Gesellschaft sei verpflichtet, der Klagänderung zuzustimmen. Abschn. V Abs. 4 regelt den Fall, daß die Gesellschaft die von Prof. Dr. M. [REDACTED] getroffene Bestimmung nicht anerkenne. Abschn. VII bestimmt, durch den Vergleich seien sämtliche gegenseitigen Ansprüche zwischen dem Kläger einerseits und den Beklagten andererseits, soweit sie in der Beteiligung des Klägers an der Gesellschaft ihren Ursprung hätten, abgegolten; "für die Rechtsbeziehungen der genannten Parteien ist nur noch dieser Vergleich maßgebend".

Das Berufungsgericht läßt offen, ob der Vergleich auch für die Beteiligung des Klägers an dem Ergebnis des Wolldeckengeschäfts gelten sollte. Es verneint, daß die Parteien dem Wirtschaftsprüfer Prof. Dr. M. [REDACTED] die Bestim-

mung der Leistung im Sinne von § 317 Abs. 1 BGB überlassen hätten und der Kläger deshalb gemäß § 319 Abs. 1 BGB nur geltend machen könne, die von Prof. Dr. M. [REDACTED] getroffene Bestimmung sei offenbar unbillig. Dabei erblickt es in Abschn. V Abs. 3 des Vergleichs die einzige Vereinbarung, die sich mit der etwaigen Bindung der Parteien an die "von Dr. M. [REDACTED] getroffene Bestimmung" unmittelbar befaßt. Mit einer Formulierung wie der dort gewählten, so führt es aus, werde in der forensischen Praxis kein Schiedsgutachterauftrag ausgesprochen. Das Recht einer Partei, eine offenbar unbillige und darum nicht verbindliche Bestimmung durch Richterspruch ersetzen zu lassen, könne mit ihr nicht gemeint gewesen sein, weil sich dieses Recht bereits aus § 319 Abs. 1 BGB ergebe und daher üblicherweise in einem gerichtlich protokollierten Vergleich nicht erwähnt werde. Vielmehr beziehe sich ein Vorbehalt, wie er hier gemacht worden sei, auf den Fall, daß eine Partei das Gutachten deshalb nicht gelten lassen wolle, weil es ihren Vorstellungen widerspreche. Dazu komme, daß in dem Vergleich die Bezeichnung "Schiedsgutachter" nicht ein einziges Mal gebraucht worden sei. Danach habe es in der freien Willensentschließung der Parteien gestanden, ob sie die Ermittlungen des Gutachters als verbindlich und streitbeendend hätten ansehen wollen oder nicht.

Der Vergleich vom 28. Oktober 1954 trifft eine Regelung, die den Düsseldorfer Rechtsstreit nicht ohne weiteres beendete und die über die dort behandelten Streitfragen hinausging. Gleichviel ob ein derartiger Vergleich der freien Auslegung durch das Revisionsgericht zugänglich ist oder ob die Auslegung eines solchen Vergleichs durch das Tatsachengericht nur auf Rechtsfehler hin überprüft werden kann, ist die Annahme richtig, Prof. Dr. M. [REDACTED] sei nicht als Schiedsgutachter eingesetzt worden. Gewiß ist es richtig,

daß die Parteien die Auseinandersetzung möglichst vereinfachen und beschleunigen wollten. Aber gleichwohl und trotz der mit einem Bewertungsgutachten verbundenen hohen Kosten war es sinnvoll, einen anerkannten Fachmann mit einer Begutachtung zu betrauen, deren Ergebnisse weder die Gesellschafter noch die Gesellschaft hinzunehmen brauchten. Denn ein solches Gutachten bot immerhin die Möglichkeit, ohne oder mit Abweichungen zu einer Verständigung zu gelangen. Ein unverbindliches Gutachten konnte dem Gerichtsvorsitzenden durchaus Anlaß zu der Bemerkung geben, dem Kläger würde es bei einer Wiederaufnahme des Rechtsstreits außerordentlich schwer fallen, das Gutachten zu erschüttern. Die hiermit für den Kläger verbundenen Schwierigkeiten und das Kostenrisiko einer Fortsetzung des Prozesses schlossen eine Gefährdung des Vergleichs durch kleinliche Angriffe gegen das Gutachten aus und konnten Grund genug sein, einen Vergleich so, wie niedergelegt, zu schließen. Es gibt keinen Erfahrungssatz des Inhalts, daß ein Gericht den Abschluß und die Formulierung eines Vergleichs und die Beauftragung eines Wirtschaftsprüfers nicht vorschlägt und der Berichterstatter sich um die Begutachtung nicht bemüht, wenn das Gutachten unverbindlich sein soll. Angesichts der Schwierigkeit einer Unternehmensbewertung und des Grades der Verzankung des Klägers und des Beklagten zu 2 konnte es durchaus so sein, daß die Beteiligten ein bloß wegen offener Unbilligkeit angreifbares Schiedsgutachten scheuten, aber ein Interesse daran hatten, mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens den Versuch einer gütlichen Verständigung zu unternehmen. Das Berufungsgericht brauchte den Oberlandesgerichtsrat Dr. N. und den Rechtsanwalt J. nicht als Zeugen zu hören, denn beide sind nur dafür benannt worden, daß beabsichtigt gewesen sei, einen Schiedsgutachter einzusetzen, und nicht, daß eine

solche Absicht mit dem Vergleich auch verwirklicht worden sei.

III. Auch die gegen die Höhe des Anspruchs erhobenen Einwendungen der Revision sind unbegründet.

1. Die Beklagten wollen die Forderung des Klägers auf den 1. Januar 1953 mit 8 % abzinsen. Dazu halten sie sich für berechtigt, weil das dem Vergleich vom 28. Oktober 1954 entspreche und die Gesellschaft wegen des Ausbleibens einer Zahlung für die Wolldecken jahrelang einen Bankkredit habe in Anspruch nehmen müssen, der den später mit dem Regierungspräsidenten in Köln vereinbarten Betrag von 1.250.000 weit überstiegen und mehr als 8 % Zinsen gekostet habe.

Das Abzinsungsbegehren ist jedoch ungerechtfertigt.

a) Eine ausdrückliche Abzinsungsvereinbarung enthält der Vergleich vom 28. Oktober 1954 nicht.

Eine Abzinsungsvereinbarung läßt sich auch nicht aus Abschn. II Nr. 4 dieses Vergleichs herleiten. Danach sollte das von Prof. Dr. M. ermittelte Auseinandersetzungsguthaben des Klägers ab 1. Januar 1953 mit 5 % verzinst werden. Diese Vertragsbestimmung kann nicht auf den Gewinnanteil des Klägers aus schwebenden Geschäften ausgedehnt werden. Deshalb läßt sich aus ihr auch kein Schluß für die behauptete Abzinsungsvereinbarung entnehmen.

Zu einer ergänzenden Vertragsauslegung, die die Revision befürwortet, besteht kein Anlaß. Gemäß § 740 BGB war der Kläger nur nach dem tatsächlichen Zahlungseingang abzufinden. Dementsprechend sind die Beklagten ihm gegenüber nie in Vorlage getreten, haben insoweit also keine Opfer

zu bringen brauchen. Die verspätete Auszahlung des Geldes durch den Regierungspräsidenten hat den Kläger wirtschaftlich gleichfalls getroffen.

b) Die Aufwendungen der Beklagten für Bankzinsen rechtfertigen kein anderes Ergebnis. Der Kläger ist mit dem 31. Dezember 1952 aus der Gesellschaft ausgeschieden. Die Kosten, die die Gesellschaft seitdem für die Aufrechterhaltung ihrer Liquidität aufwenden mußte, gingen ihn nichts an. Er mußte die Mittel aus dem Wolldeckengeschäft ebenso entbehren wie die Gesellschaft. Es besteht kein Grund, ihn die Kreditkosten der Gesellschaft, mögen diese Kosten auch durch das erst 1961 abgewickelte Wolldeckengeschäft veranlaßt worden sein, mittragen zu lassen.

Zu Unrecht rügt die Revision die Übergehung des Beweistritts auf S. 3 des Schriftsatzes vom 16. August 1965. Dort hatten die Beklagten unter das Zeugnis von Prof. Dr. M. gestellt, am 8. August 1955 sei vereinbart worden, daß für die Abschichtungsbilanz langfristige Verbindlichkeiten mit 8 % auf den 31. Dezember 1952 abzuzinsen seien. Unter diese angebliche Vereinbarung fiel der Gewinnanteil des Klägers aus dem Wolldeckengeschäft nicht, da Ansprüche aus schwebenden Geschäften nicht in die Abschichtungsbilanz gehören.

Die Revision macht noch geltend, ein Teil des vom Land Nordrhein-Westfalen gezahlten Betrages müsse als Ersatz für Bankkosten und Zinsen angesehen werden, da die Haushaltsbestimmungen keine Möglichkeit für die Geltendmachung eines Zinsschadens geboten hätten. Dann kann das Land auch keinen Zinsschaden ersetzt haben und es fehlt dann eine Grundlage dafür, die vom Land gezahlte Vergleichssumme im Verhältnis der Parteien zueinander teilweise gleichwohl auf Bankzinsen zu verrechnen.

2. Die Gesellschaft hat zur Verfolgung ihrer Ansprüche aus dem Wolldeckengeschäft an Honoraren für Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer (sog. Fremdkosten) insgesamt 47.035,03 DM aufgewandt. Diese hat der Kläger anteilig mit 6.047 DM übernommen.

Die Beklagten möchten ihn mit dem gleichen Betrag noch einmal belasten, weil die Gesellschaft für die Durchsetzung ihrer Ansprüche Zeit und Geld (für Reisen, Telefongespräche usw.) aufgewendet habe und diese Aufwendungen nicht geringer bemessen werden könnten als die ihren Anwälten, Wirtschaftsprüfern und sonstigen Beratern gezahlten Honorare.

Das Berufungsgericht hat anerkannt, daß der Apparat der Gesellschaft durch die Verfolgung der Ansprüche aus dem Wolldeckengeschäft belastet worden sei. Es meint jedoch, diese "Eigenkosten" könnten nicht die Höhe der Honorare erreicht haben. Es hat sie in Anwendung von § 287 ZPO nur auf 20.000 DM geschätzt und ist so zu einem Anteil von 2.561,39 DM für den Kläger gekommen (das ist der Betrag, dessentwegen es die Klage abgewiesen hat). Mehr als 20.000 DM, so hat es ausgeführt, könnten nicht zugrunde gelegt werden, weil die Beklagten trotz Hinweises keine näheren Angaben gemacht hätten.

Diese Darlegungen enthalten keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten. Dabei braucht der Senat nicht zu entscheiden, inwieweit eine Gesellschaft den Ausgeschiedenen, der ihr die Beendigung der schwebenden Geschäfte nach § 740 Abs. 1 Satz 2 BGB allein überlassen muß, überhaupt mit den sog. Eigenkosten einer Rechtsverfolgung anteilig belasten kann; denn zugunsten der Beklagten läßt sich gegen die Schätzung des Berufungsgerichts nichts einwenden.

3. Die Beklagten haben nicht dargelegt, daß der Vergleich mit dem Regierungspräsidenten die Voraussetzungen erfüllte, unter denen der Beklagte zu 2 als geschäftsführender Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag einen Anspruch auf 10 % Tantieme gehabt haben würde (vgl. dazu die Stellungnahme des Klägers vom 27. Dezember 1966 S. 6). Deshalb hat das Berufungsgericht mit Recht davon abgesehen, den Kläger anteilig mit einer solchen Tantieme für die von dem Land Nordrhein-Westfalen gezahlte Vergleichssumme zu belasten.

IV. 1. Mit Recht hat das Berufungsgericht den Beklagten die Aufrechnung mit dem angeblichen Ausgleichsanspruch aus § 739 BGB deshalb versagt, weil noch nicht feststeht, ob das Kapitalkonto des Klägers negativ ist. Das zu klären, ist Aufgabe des über die Auseinandersetzung geführten Düsseldorfer Rechtsstreits. Würde man die Aufrechnung eines etwaigen Ausgleichsanspruchs gegen den Anspruch aus dem Wolldeckengeschäft zulassen, bevor der Ausgleichsanspruch feststeht, so würde die selbständige und gesonderte Abrechnung beider Ansprüche unmöglich. Das widerspricht der in § 740 und §§ 738, 739 BGB getroffenen Regelung und kann darum nicht zugelassen werden.

2. Die Beklagten können auch nicht mit Zinsen für ihren Anspruch aus dem Kostenfestsetzungsbeschluß vom 5. Oktober 1961 aufrechnen.

a) Ab 25. Oktober 1954 können die Beklagten keine Zinsen verlangen, da ein Kostenerstattungsanspruch nicht vor Erlaß des Festsetzungsbeschlusses fällig wird, es hierzu erst am 5. Oktober 1961 gekommen ist und die Voraussetzungen für eine frühere Verzinsungspflicht nicht dargetan sind.

b) Zinsen für den Kostenerstattungsanspruch hätten die Beklagten erst von einem nach dem 5. Oktober 1961 liegenden Zeitpunkt ab beanspruchen können. Hierzu wäre eine Mahnung erforderlich gewesen (§§ 284, 288 BGB). Die Beklagten hätten den Kläger nur bis zu ihrem Schreiben vom 10. November 1961 (GA Bl. 31) in Verzug setzen können, weil sie in diesem Schreiben mit dem Kostenerstattungsanspruch aufgerechnet und diesen Anspruch dadurch selbst zum Erlöschen gebracht haben. Die Beklagten haben nicht dargetan, daß sie die danach für eine Mahnung in Betracht kommende kurze Zeit genutzt hätten. Das ist unwahrscheinlich und bedurfte nicht der Aufklärung, da sie mit dem Kostenerstattungsanspruch zunächst nur in Höhe des festgesetzten Betrages aufgerechnet und Zinsen dafür erst sehr viel später verlangt haben.

V. Das Berufungsgericht hat die Beklagten zur Zahlung von Zinsen von dem auf die Zahlung des Regierungspräsidenten folgenden Tage ab verurteilt.

Demgegenüber macht die Revision geltend, dem Kläger könnten Zinsen für die Klageforderung erst ab Schluß des Zahlungseingangsjahrs zuerkannt werden. Sie begründet diesen Standpunkt damit, bis zum Ende des Jahres 1961 sei die Zahlung des Landes Nordrhein-Westfalen unselbständiger Bestandteil des Vermögens der Gesellschaft gewesen, und nach § 740 Abs. 2 BGB könne der Ausgeschiedene Rechenschaft über die inzwischen beendeten Geschäfte und Auszahlung des ihm gebührenden Betrages erst am Schluß jedes Geschäftsjahrs verlangen.

Diese Bestimmung ist allerdings abdingbar, und das Berufungsgericht scheint davon auszugehen, daß der Vergleich vom 28. Oktober 1954 eine solche Vereinbarung ent-

hält. Dafür kommt nur Abschn. II Nr. 4 dieses Vergleichs in Betracht. Aber diese Bestimmung regelt nur die Verzinsung des Abfindungsguthabens und ist für die Beteiligung des Klägers an schwebenden Geschäften nicht maßgebend.

Das Berufungsgericht bezweifelt, ob § 740 Abs. 2 BGB auch eingreift, wenn nur ein einzelnes sehr großes Geschäft offen geblieben ist und erst im 9. Jahr nach dem Ausscheiden abgewickelt wird. Aber dieser Gedanke rechtfertigt keine Ausnahme von § 740 Abs. 2 BGB. Der Ausgeschiedene nimmt teil an den Unkosten, die auf das schwebende Geschäft entfallen. Die Abrechnung dieser Unkosten stellt § 740 Abs. 2 BGB auf den Schluß desjenigen Jahres ab, in dem das beim Ausscheiden schwebende Geschäft beendet ist. Vor diesem Jahresschluß wird auch die Beteiligung des Ausgeschiedenen nicht fällig.

Das Berufungsgericht hat daher zu Unrecht Zinsen für die Zeit vom 10. März bis zum 31. Dezember 1961 zugesprochen. Insoweit muß die Revision Erfolg haben.

VI. Der Senat hat die im ersten Rechtszug durch den Zwischenstreit entstandenen besonderen Kosten den Beklagten gemäß § 96 ZPO auferlegt.

Vergleicht man die selbständigen Ansprüche, derentwegen in den einzelnen Rechtszügen die Klage abgewiesen worden ist, mit dem Betrag, den die Beklagten zahlen müssen, so ergibt sich für die übrigen Kosten des Rechtsstreits, soweit über sie noch nicht durch das Urteil des Berufungsgerichts vom 30. Juni 1964 und durch das Urteil des Senats vom 15. April 1965 entschieden ist, die aus der Urteilsformel ersichtliche Kostenverteilung. Dabei ist der Senat für den ersten Rechtszug von einem Streitwert von 74.700 DM und für die Berufungsinstanz von einem Streitwert von 73.050 DM ausgegangen.

Dr. Kuhn Dr. Nörr Liesecke

Dr. Schulze Fleck