

Verkündet
am 29. Juni 1959
Pfauf, Justizangestellter,
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 Georg M [REDACTED], H [REDACTED],
Ho [REDACTED] L [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Wirtschaftsprüfer Diplomkaufmann A. W [REDACTED],
Ha [REDACTED], He [REDACTED] str. [REDACTED], als Konkursverwalter über das
Vermögen des Diplolandwirtes Hans A. Kl [REDACTED], alleini-
ger Inhaber der Firma N [REDACTED] K [REDACTED], Diplom-
landwirt Hans A. Kl [REDACTED], H [REDACTED], La [REDACTED] R [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Nörr, Dr. Haager, Liesecke und Hill

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Ober-
landesgerichts zu Hamburg vom 29. März 1957
wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Konkursverwalter über das Vermögen des Diplomlandwirts Kl., des alleinigen Inhabers der am 1. Januar 1949 gegründeten Firma "N. K.", Diplomlandwirt Hans-A. Kl. (NKK). Der Beklagte ist Gesellschafter der Firma Georg M. & Co. GmbH. Der jetzige Gemeinschuldner und der Beklagte beschlossen zwecks gemeinsamer Auswertung ihrer Erfahrungen im Kalkgeschäft am 5. August 1949 eine wechselseitige stille Beteiligung ihrer Ehefrauen an ihren Unternehmen in Höhe von 10.000 DM mit einer 50 %igen Gewinnbeteiligung und einer Beteiligung am Verlust bis 10.000 DM. Am 7. August 1949 schlossen sie selbst eine Vereinbarung u. a. mit folgendem Inhalt:

"Solange die beiden Gesellschafterinnen (die als stille Gesellschafterinnen beteiligten Ehefrauen) gemäß § 1 der Beteiligungsverträge nicht das Recht in Anspruch nehmen, daß das stille Gesellschaftsverhältnis in eine offene Beteiligung umgewandelt wird, wobei ihre Ehemänner an ihre Stelle als gleichberechtigte Teilhaber in die beiden Firmen eintreten, an denen die Gesellschafterinnen still beteiligt sind, nehmen sie die Interessen ihrer Frauen wahr, indem Herr Kl. zum Generalbevollmächtigten der Firma M. & Co. GmbH und Herr M. zum Generalbevollmächtigten der Firma N. K. Hans A. Kl., Dipl. Landw. bestellt werden. In dieser Eigenschaft haben die Herren unbeschränkte Befugnis, die beiden Firmen nach innen und außen zu vertreten.

Herr M. ist berechtigt, bei der Firma N. K. Hans A. Kl., Dipl. Landw., die gleichen Beträge zu Lasten seines Privatkontos zu entnehmen, wie Herr Kl. sie als alleiniger Inhaber entnimmt.

Herrn Kl. ist es erlaubt, bei der Firma M. & Co. GmbH die gleichen Entnahmen zu Lasten seines Privatkontos zu entnehmen in dem Umfange wie Herr M. sie entnimmt.

Die vorgenannten Entnahmen beider Herren können nur gegen die Guthaben ihrer Ehefrauen aus ausgeschütteten Gewinnen gemäß § 2 der Beteiligungsverträge verrechnet werden. Ein Anspruch auf Rückzahlung der entnommenen und auf Privatkonto gebuchten Beträge besteht nicht."

Dem Beklagten oblag u. a. die Buchhaltung. Er erhielt für seine Tätigkeit für das NKK bis einschließlich des Jahres 1953 kein Gehalt. Für das Jahr 1954 vereinbarten Kl. [REDACTED] und der Beklagte ein Gehalt des Beklagten von monatlich 1.000 DM.

In den Büchern des NKK wurden für den Beklagten die Konten Nr. [REDACTED] 0 (sonstige Forderungen Gg. M. [REDACTED] - Privatkonto) und Nr. [REDACTED] (sonstige Forderungen Gg. M. [REDACTED] - DHG) geführt. Auf dem ersten Konto wurden die Privatentnahmen des Beklagten verbucht, das zweite Konto diente der Festhaltung von Vorgängen, die mit Zahlungen von Sonderrabatten durch die Düngekalkhauptgemeinschaft (DHG) zusammenhingen. Diese zahlte erhebliche Beträge, um das NKK zu einem den Interessen der DHG dienenden Geschäftsgebaren zu veranlassen. Da diese Zahlungen geheimgehalten werden sollten, liefen sie über das vom Beklagten geführte Konto Nr. [REDACTED] 2 bei der Hamburger Kreditbank. Das NKK sollte 85 % dieser monatlich 17.000 DM betragenden Sonderrabatte erhalten. Sobald eine Zahlung der DHG fällig war, wurde der monatliche Anteil des NKK mit 14.875 DM auf dem Konto Nr. [REDACTED] zum Soll gestellt. Soweit der Beklagte von dem Konto Nr. [REDACTED] 2 Überweisungen an das NKK durchführte, wurde er mit diesem Betrag auf dem Konto Nr. [REDACTED] erkannt. Der Debetsaldo auf diesem Konto zu Lasten des Beklagten betrug am 30. November 1954 35.352,67 DM. Diesen Betrag fordert der Kläger. Außerdem war das Konto Nr. [REDACTED] 0 mit 55.528,64 DM passiv. Das NKK geriet im November 1954 in Zahlungsschwierigkeiten. Am 2. Dezember 1954 stellte Kl. [REDACTED] die Zahlungen ein. Er beantragte am 8. Dezember 1954 das gerichtliche Vergleichsverfahren. Das Amtsgericht ordnete an, Verbindlichkeiten sollten nur mit Zustimmung des vorläufigen Vergleichsverwalters eingegangen werden. Es untersagte ferner dem Gemeinschuldner die Verfügung über Forderungen und Rechte ohne Zustimmung



des Verwalters. Nach dem Scheitern des gerichtlichen Vergleichsverfahrens eröffnete das Amtsgericht am 6. Januar 1955 das Anschlußkonkursverfahren.

Der Beklagte hatte in seiner Eigenschaft als Generalbevollmächtigter und Leiter der Buchhaltung unter dem 30. November 1954 das Konto Nr. [REDACTED] mit 21.432,67 DM erkennen und das Konto Nr. [REDACTED] mit demselben Betrag belasten lassen. Mit dem Datum des 31. Dezember 1954 ließ er dieselben Buchungen wegen des noch auf dem Konto Nr. [REDACTED] verbliebenen Restbetrages von 13.920 DM vornehmen. Damit war der Sollsaldo auf dem Konto Nr. [REDACTED] ausgeglichen. Der Sollsaldo auf Konto Nr. [REDACTED] erhöhte sich auf Grund dieser Umbuchungen und anderer Vorgänge auf 86.170,09 DM am 31. Dezember 1954. Nach einem Buchungsbeleg vom 31. Dezember 1954, den Kl. [REDACTED] unterschrieben hatte, verzichtete der Beklagte auf sein Recht zu Entnahmen in der Höhe, wie sie Kl. [REDACTED] vornahm, und machte lediglich einen Betrag von 128.000 DM geltend, weil er für seine Tätigkeit beim NKK vom August 1949 bis 31. Dezember 1953 keine Vergütung erhalten habe. Dabei hat er das im Jahre 1954 vereinbarte und auch gutgeschriebene Gehalt abgezogen. Durch Gutschrift dieses Betrages vom 31. Dezember 1954 verwandelte sich der Debetsaldo auf dem noch offenen Konto Nr. [REDACTED] in einen Habensaldo von 41.829,91 DM.

Der Kläger fordert den anteiligen Betrag von 35.352,67 DM an nicht abgeführten Rabattzahlungen der DHG, die der Beklagte als Beauftragter des späteren Gemeinschuldners auf sein Privatkonto Nr. [REDACTED]2 bei der H. [REDACTED] Kreditbank erhalten habe. Er hat die Umbuchungen und die ihnen zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten. In der Vereinbarung über die Entnahme sieht er lediglich eine Stundung der Rückzahlungs-

pflicht bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Entnahmen gegen Gewinnansprüche der Ehefrau des Beklagten hätten verrechnet werden können. Mit dem Konkurs sei diese Stundung hinfällig geworden. Außerdem sei die Vereinbarung über die Entnahmen unwirksam, da sie der Umgehung der vom Gericht zur Verfügung gestellten Formen einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung gedient hätten. Die Abmachung vom 31. Dezember 1954 hält er für unwirksam.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hat geltend gemacht, er habe bereits im Laufe des Jahres 1954 den Betrag von 35.352,67 DM, den er dem NKK noch aus den Zahlungen der DHG geschuldet habe, entnommen. Die Buchungen mit dem Datum des 30. November 1954 und des 31. Dezember 1954 hätten diese schon längst erfolgten Entnahmen, die er in vollem Vertrauen auf die wirtschaftliche Stabilität des NKK gemacht habe, nur kundbar gemacht. Zur Rückzahlung seiner Entnahmen sei er nicht verpflichtet, zumal der spätere Gemeinschuldner, was der Kläger nicht bestreitet, insgesamt 160.000 DM entnommen habe, während er selbst nur 90.000 DM erhalten habe. Der Gewinnanteil der Ehefrau des Beklagten betrug nur 4.310 DM. In der zweiten Instanz hat der Beklagte noch ausgeführt, er und der spätere Gemeinschuldner hätten hinsichtlich der Zahlungen der DHG eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gegründet, die die Zahlungen erhalten habe. Der Kläger könne vor einer Auseinandersetzung dieser durch den Konkurs des NKK aufgelösten Gesellschaft keine Einzelansprüche erheben. Zu dem Vermögen dieser Gesellschaft gehörten noch Ansprüche der DHG. Außerdem macht der Beklagte die Aufrechnung mit einer Gehaltsforderung in Höhe von 41.829,91 DM geltend, die sich daraus ergebe, daß er den Sollsaldo auf Konto Nr. 0 in Höhe von 86.170,09 DM am 31. Dezember 1954 mit seiner Gegenforderung von 128.000 verrechnet habe. Ferner rechnet er

mit Forderungen in Höhe von 155,42 DM und 1.906,85 DM auf, die die von ihm beherrschte M [REDACTED] & Co. GmbH gegen den Gemeinschuldner gehabt und ihm abgetreten habe.

Landgericht und Oberlandesgericht haben nach Klagantrag verurteilt. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage, während der Kläger die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe:

1. Der Beklagte war unzweifelhaft verpflichtet, 85 % der Gelder, die von der Düngekalkhauptgemeinschaft (DHG) als Sonderrabatte für das N [REDACTED] K [REDACTED] (NKK) an ihn bezahlt wurden, an das NKK abzuführen. Er hat in der Berufungsinstanz zum ersten Mal geltend gemacht, er habe, soweit es sich um den Bezug dieser Gelder handle, mit dem späteren Gemeinschuldner, dem Inhaber des NKK, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts vereinbart. Vor Auseinsetzung dieser durch den Konkurs des Inhabers des NKK aufgelösten Gesellschaft könne der Konkursverwalter keine Zahlung verlangen. Dieser Gesichtspunkt steht der Geltendmachung des Anspruchs gegen den Beklagten nicht im Wege. Von einer Auseinsetzung kann hier Abstand genommen werden, weil es sich, wie das Berufungsgericht feststellt, um einen ziffernmäßig festliegenden Betrag handelt. Gegenansprüche des Beklagten aus der Gesellschaft bestehen nicht, so daß sich die Ansprüche des Gemeinschuldners ohne besonderes Abrechnungsverfahren ermitteln lassen (Palandt, BGB § 730 Anm. 2 d; vgl. BGH II ZR 53/57 vom 19. Mai 1958). Die Erwägung, daß in Zukunft durch Eintreibung einer Forderung gegen die DHG noch Werte dieser Gesellschaft realisiert werden könnten, steht der derzeitigen Auseinsetzung nicht entgegen. Anderenfalls würde trotz zurzeit

klarer Verhältnisse die Auseinandersetzung auf eine nicht absehbare Zeit aufgeschoben werden (vgl. BGH aaO). Das Berufungsgericht hat daher im Ergebnis zutreffend das Vorbringen des Beklagten über den Abschluß einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft als unerheblich betrachtet.

2. Nach den Berechnungen des Berufungsgerichts, die als solche von der Revision nicht angegriffen werden, wies das Konto Nr. [REDACTED] (sonstige Forderungen Gg. M. [REDACTED] - DHG) am 30. November 1954 ein Soll von 35.352,67 DM aus. Am 30. November 1954 und am 31. Dezember 1954 ließ der Beklagte sein ebenfalls beim NKK geführtes weiteres Konto Nr. [REDACTED] 0 (sonstige Forderungen Gg. M. [REDACTED] - Privatkonto) mit dieser Summe belasten und dementsprechend das Konto Nr. [REDACTED] glattstellen. Auf dem Konto Nr. [REDACTED] 0 wurde am 31. Dezember 1954 ein Sondersaldo von 86.170,09 DM geführt. Durch die weitere Buchung vom 31. Dezember 1954 in Höhe von 128.000 DM verwandelte sich dieses Debet in einen Aktivsaldo von 42.000 DM für den Beklagten.

Das Berufungsgericht hat dargelegt, die Umbuchungen, durch die das Konto Nr. [REDACTED] ausgeglichen worden sei, stellten keine Rechtshandlungen, sondern nur rein buchtechnische Vorgänge dar. Es sei lediglich ein Passivsaldo von einem Konto auf ein anderes bereits einen Passivsaldo ausweisendes Konto übertragen worden. Die Aufrechnungslage, die Saldierung und damit die Aufrechnung sei erst am 31. Dezember 1954 mit der Gutschrift der 128.000 DM eingetreten. Zu diesem Zeitpunkt habe der Beklagte mit einer Gegenforderung, die er sich am gleichen Tage durch eine Abrede mit Kl. [REDACTED] verschafft habe, unter anderem gegen die unzweifelhaft bestehende Schuld aus dem Empfang der Zahlungen der DHG aufgerechnet. Das Berufungsgericht hat mit Recht die Möglichkeit einer derartigen Aufrechnung verneint, da sie in erster Linie gegen das gerichtliche Verfügungsver-

bot vom 13. Dezember 1954 verstoße und da sie auf jeden Fall nach § 30 KO wirksam angefochten worden sei. Diese Ausführungen werden von der Revision an sich nicht angegriffen. Insbesondere macht die Revision auch nicht geltend, daß es sich bei der Buchung über 128.000 DM etwa um die Aufrechnung mit einer dem Beklagten für seine langjährige Tätigkeit zustehenden Gehaltsforderung gehandelt habe, die von dem Vergleichsverfahren und dem anschließenden Konkursverfahren unberührt geblieben sei. Kl. [REDACTED] und der Beklagte hatten vielmehr für die Jahre vor 1954 einander keine Gehaltsansprüche zugebilligt. Für das Jahr 1954 sind die Gehaltsansprüche des Beklagten bereits in der Abrechnung berücksichtigt. Die Revision rügt jedoch, das Berufungsgericht habe den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten nicht berücksichtigt, der dahin gegangen sei, daß er in Höhe des Betrags, den er aus den Zahlungen des DHG dem NKK geschuldet habe, bereits im Laufe des Jahres 1954 Entnahmen gemacht habe. Diese seien von der Eröffnung des Vergleichs- und Konkursverfahrens nicht betroffen. In den beanstandeten Buchungen von November und Dezember 1954 habe er diese früheren Entnahmen lediglich verlautbart. Dieser Vortrag wäre erheblich, wenn der Beklagte, wie er behauptet hat, auf Grund der Vereinbarung vom 7. August 1949 in derselben Höhe, wie der spätere Konkursschuldner Entnahmen gemacht hatte, selbst Gelder aus dem Betriebe des NKK hätte entnehmen können und wenn er außerdem, wie er diese Vereinbarung auslegt, zu einer Rückzahlung dieser Entnahmen, soweit sie den in der Abrechnung bereits berücksichtigten Gewinnanteil seiner Ehefrau übersteigen, nicht verpflichtet gewesen wäre.

Zu dieser Frage hat das Berufungsgericht auf das Urteil des Landgerichts verwiesen. Dieses hatte ausgeführt, der Beklagte sei weder als stiller Gesellschafter noch in irgendeiner anderen Rechtsform an der Firma N [REDACTED] K [REDACTED]

■■■■■ beteiligt gewesen. Er sei lediglich Generalbevollmächtigter gewesen und habe gleichzeitig als Vertreter seiner Ehefrau deren Rechte als stille Gesellschafterin wahrgenommen. Soweit er Gelder habe entnehmen dürfen, die die Gewinnansprüche seiner Ehefrau überschritten hätten, könne dies nur bedeuten, daß ihn der Gemeinschuldner im Innenverhältnis als Gesellschafter des NKK angesehen habe. Eine solche nicht nach außen in Erscheinung tretende Gesellschafterstellung könne dem Beklagten aber nicht mehr Rechte gewähren, als das Gesetz einem Gesellschafter einer OHG zubillige; denn die Einräumung weitergehender Rechte ohne Übernahme von Pflichten gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft würde gegen die Rechtsbegriffe des Handelsrechts verstoßen und sei deshalb nichtig. Der Beklagte habe auch selbst die Auffassung vertreten, er müsse diese Entnahmen zurückzahlen. Dies ergebe sich einmal daraus, daß er in den von ihm aufgestellten Bilanzen des NKK seine Entnahmen als Forderungen des NKK gebucht habe. Als erfahrener Kaufmann hätte er derartige Forderungen nicht in die Bilanz aufgenommen, wenn er nach seiner Überzeugung nicht zu einer Rückzahlung verpflichtet gewesen wäre. Er habe bei seiner Vernehmung ausgesagt, er brauche diese Beträge nicht zurückzahlen, sondern könne noch einige Jahre damit warten, bis die Gewinne des NKK es zuließen, den ganzen Betrag auf die Gewinnbeteiligung seiner Ehefrau zu verrechnen. Damit habe er zum Ausdruck gebracht, daß die Rückzahlungsverpflichtung nur bis zur Verrechnung gegen Gewinnansprüche seiner Ehefrau gestundet gewesen sei. Da diese Verrechnung mit dem Zusammenbruch des NKK unmöglich geworden sei, sei damit auch die Stundung entfallen. Das Berufungsgericht hat somit die Vereinbarung vom 7. August 1949 dahin ausgelegt, daß die Parteien darin die Pflicht zur Rückzahlung der die Gewinnanteile der Ehefrauen übersteigenden Privatentnahmen nur während des Laufes des Betriebes des NKK gestundet hätten.

B. 5.
25 B
6998

82.10

46

Gegen diese Auslegung wendet sich die Revision, die in der Vereinbarung einen beiderseitigen endgültigen Verzicht des Konkursschuldners Kl. [REDACTED] und des Beklagten auf die Rückforderung der jeweils von ihnen entnommenen Gelder sehen möchte. Sie rügt in diesem Zusammenhang zunächst, das Berufungsgericht habe den Beweisantrag übergangen, wonach zwei Buchprüfer den Standpunkt vertreten hätten, daß die vom Beklagten entnommenen 35.352,67 DM vom NKK nicht zurückgefordert werden könnten (Schriftsatz vom 30. 11. 1955 und vom 10. 3. 1956). Zu einer Beweisaufnahme zu diesem Vorbringen war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, da es sich hierbei nicht um die Ermittlung von Tatsachen handelte, sondern um die Feststellung einer Rechtsansicht, die beide Buchprüfer bei nachträglicher Beschäftigung mit der Buchführung des NKK gewonnen hatten. Des weiteren hatte der Beklagte beantragt (Schriftsatz vom 10. 3. 1956), den Zeugen Kl. [REDACTED] darüber zu hören, daß dieser selbst gar nicht auf den Gedanken gekommen sei, eine Rückzahlung der einmal erfolgten Entnahmen von dem Beklagten zu verlangen, da dies dem klaren Sinn und Wortlaut der Vereinbarung vom 7. August 1949 widersprochen habe. Dieser Beweisantritt ist ebenfalls nicht erheblich. Es kann unterstellt werden, daß Kl. [REDACTED] selbst gar nicht auf den Gedanken gekommen ist, eine Rückzahlung der Entnahmen zu fordern, da sich ein solches Verlangen mit der auch vom Berufungsgericht angenommenen Stundung, wie sie für den normalen Geschäftsablauf gelten sollte, nicht hätte vereinbaren lassen. Der Beweisantrag besagt jedoch nicht, was nach der Auffassung Kl. [REDACTED] für den Fall hätte gelten sollen, daß die Geschäfte einen ungünstigen Verlauf nahmen und, wie geschehen, zu einem Konkursverfahren führten. Daß Kl. [REDACTED] an eine Rückforderung im allgemeinen nicht gedacht hat, ändert nichts daran, daß für den von der Vorstellung Kl. [REDACTED] abweichenden Fall der Konkurseröffnung der Beklagte die den Gewinnanteil übersteigenden Entnahmen

zurückzahlen muß. Die Auslegung des Berufungsgerichts wird somit von der Tatsache, daß der Zeuge Kl. [REDACTED] nicht gehört wurde, nicht berührt. Da diese Auslegung auch nicht gegen Denk- und Erfahrungssätze verstößt, kann sie in der Revisionsinstanz nicht mit Erfolg beanstandet werden. Danach mußte der Beklagte mit dem Augenblick, in dem über das Vermögen des NKK der Konkurs eröffnet wurde, die Privatentnahmen zurückzahlen. Deshalb ist die Klage, die auch auf diesen Gesichtspunkt gestützt wird, begründet, ohne daß es noch darauf ankommt, ob der Beklagte die Beträge zu einer Zeit entnommen hat, die von der späteren Konkurseröffnung nicht berührt wird, und ob es sich bei dem an den Namen des Beklagten lautenden Konto Nr. [REDACTED] 2 bei der H. [REDACTED] Kreditbank um ein reines Privatkonto des Beklagten oder um ein geheimes Treuhandkonto des NKK gehandelt hat. Die Berufung des Beklagten war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Nastelski

Liesecke

Dr. Nörr

Dr. Haager

Bundesrichter Hill ist
beurlaubt und daher an
der Unterzeichnung ver-
hindert.

Dr. Nastelski