

2

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 119/74

URTEIL

Verkündet am
19. Januar 1976
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Ralf Günther S c h [REDACTED], E [REDACTED],
Ha [REDACTED]platz [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

die I [REDACTED]-Handelsgesellschaft für Industrie-Rohstoffe mbH,
E [REDACTED], Z [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren
Geschäftsführer Dipl.-Ing. Richard B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Januar 1976 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Fleck, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Teil-Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25. März 1974 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionsinstanz - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte und seine Ehefrau gründeten im Dezember 1963 die klagende GmbH mit einem Stammkapital von 20.000 DM; hiervon übernahmen der Beklagte 8.000 DM und seine Ehefrau 12.000 DM. Im selben Verhältnis beteiligten sie sich an einer 1965 beschlossenen Kapitalerhöhung um 20.000 DM auf 40.000 DM. In einem Treuhandvertrag, datiert 11. 2. 1964, mitunterzeichnet vom Beklagten, hatte Herr M. Frau Sch. beauftragt, von der zu gründenden Klägerin eine Beteiligung von 60 % zu erwerben. Der Beklagte macht unter verschiedenen Gesichtspunkten die Nichtigkeit des Treuhandvertrags geltend,

- 3 -

ebenso wie es seine Ehefrau in einem zwischenzeitlich abgeschlossenen Rechtsstreit mit M. wegen Übertragung der von ihr an der Klägerin gehaltenen Geschäftsanteile getan hatte. Frau Sch. übertrug am 4. Mai 1971 ihre Beteiligung an M.; der Beklagte schied am 17. Mai 1971 aus der Gesellschaft aus, und zwar zugleich als Geschäftsführer. Dies war er seit Gründung der GmbH gewesen, mit der er auch einen schriftlichen Anstellungsvertrag schloß. Laut Sitzungsniederschrift des Landgerichts vom 9. Februar 1972 sind die jetzigen Gesellschafter der Klägerin Herr M. und Herr B., dieser zugleich als ihr Geschäftsführer.

Die Klägerin macht - soweit hier noch interessierend - gegen den Beklagten Ansprüche in Höhe von insgesamt 278.306,22 DM geltend. Davon sind 40.260 DM unstreitig - ebenso wie Gegenforderungen des Beklagten mit 48.973,62 DM.

Bei den streitigen Klagforderungen geht es - nach dem Vortrag der Klägerin - um folgende Posten:

- a) 5.960 DM von der C. C. Mo. KG an den Beklagten gezahlte, aber der Klägerin zustehende Provision;
- b) nicht abgerechnete Reisekostenverschüsse 1968 bis 1969 mit 89.860,10 DM sowie 1970 und 1971 mit 101.861,14 DM;
- c) dem Beklagten zuzurechnende verdeckte Gewinnausschüttung mit insgesamt 21.208 DM laut Prüfungsbericht des Finanzamts B. vom 18. April 1969;
- d) Verwendung von Geldern der Klägerin für Zwecke eines Eigengeschäfts des Beklagten in P. (19.156,98 DM).



Der Beklagte tritt den streitigen Klagforderungen im einzelnen entgegen und macht überdies geltend, daß er stets zu allen von ihm getroffenen Maßnahmen die Billigung seiner Ehefrau als der einzigen Mitgesellschafterin erhalten habe. Ferner rechnet er mit verschiedenen, erst in der Berufungsinstanz vorgetragenen und von der Klägerin bestrittenen Gegenforderungen im Gesamtbetrag von 80.000 DM auf.

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der jetzt noch rechtshängigen Ansprüche stattgegeben. Das Berufungsgericht ist bei seiner Entscheidung ebenfalls vom Bestehen dieser Ansprüche ausgegangen, hat aber mit Rücksicht auf noch zu prüfende streitige Gegenansprüche von 56.000 DM erst Teilurteil des Inhalts erlassen, daß der Beklagte zur Zahlung von 173.332,60 DM nebst 4 % Zinsen seit 10. November 1971 verurteilt bleibt (278.306,22 DM Klagforderung - 48.973,62 DM unstreitige Gegenforderung - 56.000 DM noch zu prüfende Gegenforderung). Hinsichtlich 24.000 DM zur Aufrechnung gestellter streitiger Gegenforderungen hat es erkannt, daß sie nicht bestehen.

Mit der Revision, der die Klägerin entgegentritt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, daß die Klagforderungen entstanden seien.

1. Das Berufungsgericht geht in rechtlich nicht angreifbarer Weise davon aus, daß der Provisionsanspruch gegen die Firma Mo~~...~~ der Klägerin und nicht dem Beklagten erwachsen ist, der Beklagte die Zahlung also nicht für sich behalten durfte. Einem Zirkelschluß ist das Berufungsgericht dabei nicht erlegen, sondern es hat ohne Rechtsverstoß den objektiven Erklärungswert des Gesamtverhaltens des Beklagten bestimmt. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision beschränken sich darauf, die nicht nur mögliche, sondern auch einleuchtende tatrichterliche Würdigung durch eigene Würdigung zu ersetzen.

2. Das Berufungsgericht stellt unter zulässiger Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil unangreifbar fest, daß der Beklagte insgesamt 191.721,24 DM Reisekostenvorschüsse nicht belegt hat. Seine Auffassung, daß hieraus ein Erstattungsanspruch der Klägerin folge, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Entsprechend § 670 BGB hatte der Beklagte, um die Vorschüsse abzudecken, seine Aufwendungen im einzelnen abzurechnen und zu beweisen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Anstellungsvertrag.

Die von der Klägerin rechtens vermißte Abrechnung hat der Beklagte im Prozeß nicht nachgeholt. Zwar hat er mit nicht nachgelassenem Schriftsatz an das Landgericht vom 5. April 1973 eine große Zahl von Belegen (das Berufungsgericht schätzt sie auf 10.000) überreicht, die aber bis zur letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz von ihm nur insoweit aufbereitet waren, als sie bestimmten Monaten der Jahre 1967 bis 1971 zugeordnet wurden. Das Berufungsgericht weist demgegenüber zutreffend

darauf hin, daß die Belege einsichtig und verständlich erst dann würden, wenn sie vom Beklagten bestimmten Vorgängen zugeordnet werden, die im Interesse der Klägerin von ihm eingeleitet oder unternommen worden sind. Denn die Prozeßpartei muß die Tatsachen - und nicht nur das Rohmaterial, aus dem sie ihre Behauptungen herleiten will - selbst vortragen, sie sollen Gegenstand der Verhandlung sein, und der Gegner muß Gelegenheit haben, zu den Tatsachen im einzelnen Stellung zu nehmen. Dieser vom Bundesgerichtshof im Urteil vom 3. Oktober 1956 - IV ZR 58/56 (NJW 1956, 1878) herausgestellte Grundsatz trifft auch den zur Entscheidung stehenden Fall. Da es somit schon an einem substantiierten Vortrag des Beklagten zur Belegung der Vorschüsse fehlt, kann auf sich beruhen, ob das Berufungsgericht, wie die Revision meint, den Vortrag zu Unrecht als verspätet behandelt und nicht zugelassen hat (§ 529 ZPO).

Der Vortrag des Beklagten ist auch nicht hinreichend substantiiert unter dem Gesichtspunkt, daß er eine Schätzung der ihm tatsächlich entstandenen und zur Belegung der Vorschüsse geeigneten Aufwendungen erlauben würde.

3. Bei dem Posten "verdeckte Gewinnausschüttung" handelt es sich um 10.000 DM auf dem Verschlußkonto des Beklagten, die Ende 1965 zu seinen Gunsten umgebucht wurden; weitere 10.008 DM nicht nachgewiesene Kosten, die Ende 1966 aus dem Verschlußkonto gewinnmindernd gebucht wurden, und 1.200 DM Teilerlös aus der Veräußerung eines betrieblichen Personenkraftwagens im Jahr 1966, die der Beklagte vereinnahmt hat. Dazu, daß er berechtigt gewesen

sei, den Teilerlös zu behalten und daß den Vorschüssen entsprechende eigene Aufwendungen gegenüberstanden, hat der Beklagte nichts substantiiert vorgetragen, wie das Berufungsgericht - von der Revision nicht schlüssig angegriffen - feststellt.

4. Den Betrag von 19.156,98 DM fordert die Klägerin vom Beklagten, weil er insoweit ihre Gelder für ein eigenes Geschäft in P██████ verwendet habe. Unstreitig ist der Betrag bei der Klägerin abgebucht und für die Entwicklung einer K██████-Grube in P██████ gezahlt worden, ohne daß es zu einem Vertragsverhältnis zwischen ihrem Besitzer, da R██████, und der Klägerin gekommen war. Der Beklagte behauptet, es habe sich um kein eigenes Geschäft gehandelt, er sei vielmehr für die Klägerin tätig geworden, mag das auch wegen der Besonderheiten eines solchen Auslandsgeschäftes teilweise in verdeckter Stellvertretung geschehen sein.

Gegen die Würdigung durch das Berufungsgericht, der Beklagte hafte schon nach § 43 GmbHG auf Ersatz des Betrages, weil er ihn ohne eine entsprechende Verpflichtung der Klägerin gezahlt und ihn nach dem Scheitern der Verhandlungen weder von da R██████ zurückgefordert noch darüber Geschäftsunterlagen bei der Klägerin hinterlassen habe, ist aus Rechtsgründen nichts einzuwenden; sie wird von der Revision auch nicht schlüssig angegriffen. Auf ihre Rüge gegen die Hilfsbegründung in dem angefochtenen Urteil, der Beklagte habe nicht substantiiert bestritten, daß er das P██████-Geschäft im eigenen Namen habe abschließen wollen, kommt es daher nicht mehr an, sie geht aber auch fehl. Denn das Berufungsgericht hat den Ordner mit den

Unterlagen zum P[REDACTED]-Geschäft (vom Beklagten mit der Berufungsbegründung eingereicht) entgegen der Ansicht der Revision nicht unvollständig verwertet, sondern gerade festgestellt, daß es dem Inhalt des Ordners nicht die - auch in keinem Schriftsatz substantiierte - Darlegung entnehmen könne, der Beklagte sei verdeckter Stellvertreter der Klägerin gewesen.

Der Hinweis der Revision, das Berufungsgericht habe außer acht gelassen, daß der aus der Grube gewonnene K[REDACTED] - abgesehen vom Markt in Sp[REDACTED] und P[REDACTED] - über die Klägerin vertrieben werden sollte, kann ihr ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen. Denn eine beabsichtigte Einschaltung der Klägerin in den Vertrieb besagt - mangels näherer Darlegung - noch nichts darüber, ob das auf die Beteiligung an einer K[REDACTED]-Grube in P[REDACTED] zielende Geschäft auch nur wirtschaftlich als ihr eigenes anzusehen war.

Soweit das Berufungsgericht erkannt hat, daß 24.000 DM zur Aufrechnung gestellte streitige Gegenforderungen nicht bestehen, wird dies von der Revision nicht angegriffen.

II. 1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts sind die Ansprüche gegen den Beklagten auch nicht erloschen; ebenso wenig stehe ihnen eine Leistungsverweigerungsrecht entgegen.

a) Zur Provision Mo[REDACTED] stellt es fest, es sei nicht bewiesen, daß die insoweit allein stimmberechtigte Gesellschafterin Sch[REDACTED] die Einbehaltung des Betrages von 5.960 DM durch den Beklagten genehmigt habe. Hierbei hebt es im wesentlichen darauf ab, daß zu einer derartigen Willens-

erklärung angesichts der ihr vom Beklagten zuteil gewordenen Information kein Raum gewesen sei.

b) Hinsichtlich der beiden Positionen: Reisekostenvorschüsse mit 89.860,60 DM und 101.861,14 DM gelangt es ebenfalls zu dem Ergebnis, daß die Entnahmen des Beklagten durch Genehmigungs- oder Zustimmungserklärungen seiner Ehefrau nicht gedeckt seien und daß Frau Sch[REDACTED] auf die Rückzahlung der vom Beklagten entnommenen und nicht abgerechneten Vorschüsse auch nicht verzichtet habe. Denn sie habe keine Vorstellungen über den Umfang der nicht abgerechneten Vorschüsse gehabt. Ein Verzicht setze Kenntnis des Umfangs der Rechte voraus, auf die verzichtet werden soll. Davon, daß die Klägerin in der Größenordnung von rund 200.000 DM Forderungen stellen konnte, habe Frau Sch[REDACTED] nichts gewußt. Sie sei vom Beklagten über diese Einzelheiten nicht unterrichtet worden.

c) Auch hinsichtlich des Postens verdeckte Gewinnausschüttung mit 21.208 DM sieht das Berufungsgericht die Behauptung des Beklagten für unbewiesen an, seine Ehefrau habe wirksam in voller Kenntnis von Bedeutung und Tragweite auf etwaige Rückforderungsansprüche verzichtet.

d) Ebenso stellt das Berufungsgericht zur Position P[REDACTED]-Geschäft mit 19.156,98 DM fest, es sei nicht bewiesen, daß Frau Sch[REDACTED] auf Ersatzansprüche der GmbH verzichtet oder die Verwendung von Geldern der GmbH für eigene Geschäfte des Beklagten genehmigt habe.

Keiner dieser Ansprüche ist nach Auffassung des Berufungsgerichts verjährt oder verwirkt. Die Fünfjahresfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG sei bei der Klagerhebung am 21. Dezember 1971 noch in keinem Fall abgelaufen gewesen; zur Position verdeckte Gewinnausschüttung müsse auch ein Anspruch aus § 812 BGB bejaht werden, der erst nach 30 Jahren verjähre. Für eine Verwirkung der Ansprüche sei nichts dargetan.

2.a) Gegen diese Feststellungen des Berufungsgerichts, die insoweit von der Revision nicht oder - was den Verjährungsbeginn hinsichtlich der Ansprüche aus verdeckter Gewinnausschüttung betrifft - nicht schlüssig angegriffen werden, läßt sich aus Rechtsgründen nichts einwenden.

b) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht verabsäumt, die Möglichkeit einer Entlastung des Beklagten durch die Gesellschafterin Sch. zu prüfen. Denn hierfür fehlt es an einem substantiierten Vortrag. Die Entlastung stellt nur von solchen Ersatzansprüchen frei, die der Gesellschafterversammlung bei sorgfältiger Prüfung aller ihr gemachten Verlagen und erstatteten Berichte erkennbar waren. Eine nicht durch die Geschäftsführer oder die von ihnen beigebrachten Unterlagen vermittelte Kenntnis kann ausreichen, wenn alle Gesellschafter diese Kenntnis haben (vgl. SenÜrt. v. 30. 10. 58 - II ZR 253/56, LM GmbHG § 46 Nr. 4 unter II 7). Das hat das Berufungsgericht jedoch in rechtlich unangreifbarer Weise bei Frau Sch. verneint. Ob die Ersatzansprüche erkennbar waren, könnte ohnehin nur geprüft werden,

wenn es um die Beurteilung des Gegenstands von Entlastungsbeschlüssen ginge, die sich zeitlich zuordnen lassen. Für eine solche Zuordnung gibt aber der Vortrag des Beklagten nichts her.

c) Mit Recht beanstandet dagegen die Revision, daß das Berufungsgericht nicht die Möglichkeit einer Generalbereinigung geprüft hat. Diese Prüfung war nach dem Vortrag in der Berufungsbegründung (S. 2, 3) geboten, daß eine Gesellschafterversammlung "naturgemäß der Übertragung des Gesellschaftsanteiles der Ehefrau des Beklagten auf den Dipl.-Ing. M.■■■■■ unmittelbar vorausgegangen" sei. Und: "deshalb hat sich der Beklagte noch einmal ausdrücklich der Billigung seiner über alles unterrichteten und allein stimmberechtigten Ehefrau unter Verzicht auf alle etwa dennoch möglichen Ersatzansprüche der Klägerin vergewissert." Der Beklagte hat sich ferner mit Schriftsatz vom 19. März 1974 (S. 2) die Zeugenaussage von Frau Sch■■■■■ zu eigen gemacht, in der es unter anderem heißt: "Ehe ich den Anteil in gehöriger Form auf M.■■■■■ übertrug, sagte der Beklagte, er habe viele Dinge aus zeitlichen Gründen noch nicht erledigen können. Ich habe Rechtsanwalt Dr. S■■■■■, der meinen Mann und mich in E■■■■■ berät, gefragt, was ich tun sollte. Dr. S■■■■■ sagte mir, ich sei Gesellschafterin, ich sollte tun, was richtig sei, wenn ich Ansprüche gegen den Beklagten hätte, dann könnte ich darauf verzichten, solange ich den Anteil noch hätte. Nach dieser Information durch S■■■■■ habe ich mit dem Beklagten abends gesprochen, ich würde von mir aus nichts von ihm verlangen. Über dieses Gespräch ist nichts notiert worden."

aa) Das Berufungsgericht hat diesen Vortrag nicht übergangen, sondern "glaubt der Zeugin durchaus, daß sie den anwaltlichen Rat des Dr. S. einholte und daß sie vor der Abtretung ihres Anteils an den Treugeber M. mit dem Beklagten über diese Ansprüche der Klägerin gesprochen und auch erklärt hat, sie verzichte auf die Rückforderung". Die Erklärung der Zeugin sei aber mangels auch nur annäherungsweise genauer Kenntnisse über die Größenordnung der Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten kein wirksamer Verzicht. Dieser setze eine Kenntnis des Umfangs der Rechte voraus, auf die verzichtet werden soll. Da der Beklagte seine Frau nicht über das wirkliche Ausmaß aufgeklärt habe, habe eine solche Verzichtserklärung nur bedeuten können, "daß unter den Voraussetzungen im allgemeinen korrekter Handhabung der Entnahmen und der Abrechnung der Entnahmen etwa noch offene Umstimmigkeiten geringeren Umfangs unter den Tisch fallen sollten".

Hierbei läßt das Berufungsgericht jedoch außer acht, daß diese Beschränkungen nicht für eine Generalbereinigung gelten, auf die sich die Gesellschafter verständigen können und die mit dem Inhalt des Verzichts auf alle denkbaren Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer möglich ist, wenn und soweit einem Verzicht nicht Gesetz - insbesondere Gläubigerschutzvorschriften - oder Satzung entgegenstehen. Bei ihr kommt es gerade nicht darauf an, daß die Ersatzansprüche bei der Beschlußfassung bekannt oder erkennbar waren (vgl. SenUrt. v. 16.11.67 - II ZR 235/64 = WM 1968, 114, 115 unter II 1 und v. 13.3.75 - II ZR 114/73 = WM 1975, 538, 540 unter II 1 b).

Daß sich Frau Sch[REDACTED] unmittelbar vor der Abtretung ihrer Geschäftsanteile an M[REDACTED] mit dem Beklagten auf eine Generalbereinigung verständigt hat und die in einer formlos von den Eheleuten Sch[REDACTED] abgehaltenen "Vollversammlung" durch Frau Sch[REDACTED] beschlossene umfassende Entlastung auf dieser Generalbereinigung beruhte, hat der Beklagte schlüssig vorgetragen. Diesem Vortrag wird das Berufungsgericht nachgehen und die erforderlichen Feststellungen dazu treffen müssen, ob Frau Sch[REDACTED] die Billigung der gesamten Geschäftsführung des Beklagten im Sinne einer Generalbereinigung gewollt und dies hinreichend klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht hat. Eine besondere Form wäre hierfür allerdings nicht erforderlich; die Generalbereinigung braucht, um wirksam zu sein, auch nachträglich nicht schriftlich festgehalten zu werden.

bb) Auf die Frage, ob eine Generalbereinigung zustande gekommen ist, käme es allerdings nicht an, wenn sich der Beklagte hierauf nicht berufen könnte. Der Treuhandvertrag zwischen Herrn M[REDACTED] und Frau Sch[REDACTED], seine Gültigkeit unterstellt, schließt als solcher eine wirksame Generalbereinigung nicht aus. Das Berufungsgericht weist zutreffend darauf hin, daß Frau Sch[REDACTED] auch als Treuhänderin im Außenverhältnis die Vollrechte aus ihren Geschäftsanteilen gehabt hätte. Der Treuhänder ist rechtlich Gesellschafter und verliert diese Rechtsstellung erst mit der Übertragung seiner Beteiligung auf den Treugeber (BGHZ 31, 258, 263 f). Die Frage, ob das Handeln der Gesellschafterin Sch[REDACTED] aber deshalb unbeachtlich war, weil es auf einen gegen die guten Sitten verstoßenden Mißbrauch ihrer Stellung als Gesellschafterin hinauslaufen würde, da sie nicht unter Ausnutzung

ihrer Rechtsposition zum offenbaren Schaden der Klägerin stimmen oder mit dem Beklagten zusammenwirken durfte, hat das Berufungsgericht bisher offen gelassen; ohne vorherige tatrichterliche Beurteilung dieser Frage hat auch der Senat keine hinreichende Grundlage, um darauf näher einzugehen.

III. Das angefochtene Urteil konnte nach alledem keinen Bestand haben. Da die Sache wegen der verschiedenen vom Berufungsgericht - wie oben ausgeführt - noch zu treffenden Feststellungen nicht entscheidungsreif ist, war sie zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Hierbei werden die Parteien auch Gelegenheit haben, zu der bisher von keiner Seite aufgegriffenen Frage Stellung zu nehmen, ob gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG ein Gesellschafterbeschuß zur Geltendmachung der gegen den Beklagten aus

seiner Geschäftsführung hergeleiteten Ersatzansprüche (BGHZ 28, 355, 359) oder einer der Ausnahmefälle vorliegt, in denen ein solcher Beschluß nicht erforderlich ist.

Stempel Fleck Dr. Bauer Dr. Kellermann Dr. Skibbe