

Verkündet

am 14. November 1963

Schorm, 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 Bauunternehmers Eugen R [REDACTED],
R [REDACTED], H [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

den Architekten Jakob B [REDACTED], K [REDACTED]-B [REDACTED],
A [REDACTED] Str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 14. November 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Bukow und Dr. Schulze

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 19. März 1963 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen. Jedoch wird der erste Satz der Formel des landgerichtlichen Urteils wie folgt gefaßt: Der Kläger wird für berechtigt erklärt, die Firma Peter G [REDACTED] in K [REDACTED]-Z [REDACTED] ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der im Jahre 1876 geborene Kläger war von 1905 bis 1931 Mitarbeiter in der Bauunternehmung Peter G., und seitdem bis 1956 deren Alleininhaber. Dann nahm er unter Umwandlung des Unternehmens in eine Offene Handelsgesellschaft den Beklagten als Mitgesellschafter auf und zog sich wegen seines hohen Alters in der Folgezeit etwas aus der Geschäftsleitung zurück.

Finanzielle Schwierigkeiten der Gesellschaft führten Mitte 1960 zu Vollstreckungsmaßnahmen und dazu, daß die Firma in der Zeitschrift "Händlerschutz" bekanntgemacht wurde. Dafür macht der Kläger den Beklagten verantwortlich.

Außerdem wirft er ihm u. a. vor, sich der Veruntreuung von Gesellschaftsmitteln schuldig gemacht zu haben. Insoweit ist zwischen den Parteien folgendes unstreitig: Der Beklagte hat seit 1956 einen Teil der Betriebseinnahmen und -ausgaben nicht verbuchen lassen. Unverbuchte Einnahmen hat er teilweise auf seinem privaten Bankkonto eingezahlt. Im Jahre 1959 sind von der Firma B. GmbH auf dieses Konto für Bauarbeiten, die die Gesellschaft ausgeführt hatte, 327.340 DM gelangt. Davon hat der Beklagte an die Gesellschaftskasse nur 243.100 DM abgeführt und auf Grund einer fingierten Rechnung als Betriebseinnahme verbuchen lassen. Über die restlichen 84.240 DM hat er mit dem Kläger nicht abgerechnet. Des weiteren sind von 1956 bis 1959 auf dem Privatkonto 104.337,96 DM eingezahlt worden. Dem Kläger ist die Herkunft dieser Gelder unbekannt. Aus unverbuchten Betriebseinnahmen stammen nach Angaben des Beklagten allerdings nur etwa 20.000 DM, von denen er nach Beginn des Rechtsstreits etwa 19.000 DM an die Gesellschaftskasse abgeführt haben will.

Der Kläger hat beantragt, ihm die Bauunternehmung zu übertragen.

Der Beklagte behauptet, er habe keine eigenen Vorteile gesucht, sondern das Unternehmen fördern wollen. Das Privatkonto habe er unterhalten müssen, um gegenüber Architekten und anderen Kreisen großzügig sein und um auch Löhne außerhalb der Bücher zahlen zu können. Im übrigen verweist er auf seine Verdienste beim weiteren Ausbau des Unternehmens und meint, daß der Kläger wegen seines hohen Alters nicht in der Lage sei, es ohne ihn weiterzuführen.

Das Landgericht hat das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven auf den Kläger übertragen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist von dem Vortrag des Beklagten ausgegangen, daß sich neben den 84.240 DM der Firma B. nur noch etwa 20.000 DM aus unverbuchten Betriebseinnahmen auf seinem Privatkonto befunden hätten und daß er davon inzwischen 19.000 DM an die Gesellschaftskasse abgeführt habe.

Es hat ausgeführt, der Beklagte habe sich verdächtig gemacht, die restlichen 85.000 DM veruntreut zu haben. Schon dieser Verdacht genüge, um den Kläger zur Übernahme des Geschäfts zu berechtigen.



unt
eir
ger

jed
u.

Ver
che
vol

der
Der

6.

rie
ges

nur
ene

den
int

lur
Sch

B
ter

get
for

§§

An
kl

dac

1. Die Revision macht geltend, der Beklagte habe den Beweis gestellt, daß es sich im Falle B. "um eine Situation gehandelt habe, über welche der Kläger zuvor unterrichtet gewesen sei".

Das Berufungsgericht brauchte diesem Beweisantritt jedoch nicht nachzugehen. Der Kläger hatte dem Beklagten a. vorgeworfen, trotz seines Ende 1958 abgegebenen Versprechens, künftig alle Betriebseinnahmen zu verbuchen, auch den Geldeingang B. im Jahre 1959 nicht vollständig verbucht zu haben. Nur diesen Vorwurf hatte der Beklagte mit seinem Beweisantritt entkräften wollen. Der Zusammenhang seiner Ausführungen im Schriftsatz vom Februar 1963 ergibt das eindeutig. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung aber nicht auf den Vorwurf gestützt, der Beklagte habe die Zahlung der Firma B. teilweise verbucht, sondern darauf, daß er über die illegitime Verwendung der nicht verbuchten 84.240 DM mit dem Kläger nicht abgerechnet hat, und zwar auch nicht vernünftig.

2. Des weiteren greift die Revision die Feststellung des Berufungsgerichts an, der Beklagte habe noch im Schriftsatz vom 6. Februar 1963 jede Abrechnung des Falles B. über das Gericht abgelehnt. Die Revision macht geltend, der Beklagte habe im ersten Rechtszug um eine Auflage gebeten, falls das Gericht eine solche Abrechnung für erforderlich halten sollte; das Berufungsgericht habe mithin § 139, 286 ZPO verletzt.

Die Rüge ist unbegründet. Denn das erstinstanzliche Verbot des Beklagten war durch seine gegenteilige Erklärung in der Berufungsinstanz gegenstandslos geworden.

3. Die Revision stellt zur Nachprüfung, ob der Vorwurf, der Beklagte habe 85.000 DM veruntreut, genüge, um

die Klage aus § 142 HGB zu rechtfertigen. Sie bezweifelt dies insbesondere deshalb, weil der Kläger gewußt und gebilligt habe, daß nicht alle Einnahmen und Ausgaben verbucht und die unverbuchten Einnahmen auf dem Bankkonto des Beklagten angesammelt worden seien. Sie rügt insoweit die Übergehung zahlreicher Beweisantritte für diese Behauptung.

Die Rüge ist unbegründet.

Wie der Senat in BGHZ 31, 304 f ausgesprochen hat, kann ein Gesellschafter dann gemäß § 140 HGB ausgeschlossen werden, wenn er schuldhaft den begründeten Verdacht erweckt hat, sich in hohem Maße unredlich verhalten zu haben. Für die Übernahmeklage kann nichts anderes gelten. Von dieser Rechtsprechung abzuweichen, sieht der Senat keinen Anlaß.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der von dem Beklagten erweckte Verdacht schwer genug wiege, um die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses mit ihm für den Kläger unzumutbar zu machen. Das läßt sich unter den hier gegebenen Verhältnissen nicht beanstanden.

Ob der Kläger wußte und damit einverstanden war, daß der Beklagte im Falle B. mehr, als verbucht, eingenommen und diesen Mehrbetrag auf sein Bankkonto eingezahlt hatte, ist demgegenüber belanglos. Der Beklagte hat selbst nicht behauptet, der Kläger habe damit zugleich zum Ausdruck gebracht, daß er auf eine Abrechnung über den Mehrbetrag verzichte. Erst recht ist unerheblich, was der Kläger über die Nichtverbuchung anderer Einnahmen und Ausgaben angeblich wußte.

II. Des weiteren hat das Berufungsgericht dargelegt, der Beklagte könnte sich nicht damit entschuldigen, daß

der
gewe
verb
Er h
den

Über
dart
nahm
nahm
tend
kenn
sich
in e
beru
mäßi.
habe

Mach
müss

rich
habe
habe
einw
men
Verf
hält
ständ
schu:

III.
könn

19

Kläger "mitgemacht" habe; denn das sei nicht der Fall
sen. Zwar habe der Kläger gewußt, daß der Beklagte un-
uchte Einnahmen auf seinem Bankkonto eingezahlt habe.
abe aber nicht die Einzelheiten gekannt und habe sich
Machenschaften des Beklagten ständig widersetzt.

Auch in diesem Zusammenhang rügt die Revision die
gehung der Beweisantritte, mit denen der Beklagte hatte
un wollen, daß der Kläger die Verschleierung von Ein-
en und Ausgaben und die Ansammlung unverbuchter Ein-
en gekannt und gebilligt habe. Weiter macht sie gel-
, daß, wer das Vorhandensein unverbuchter Einnahmen
e, nach der Lebenserfahrung darauf bedacht sein werde,
nicht in alle Einzelheiten einweihen zu lassen, um sich
inem etwaigen Steuerstraßverfahren auf seine Unkenntnis
fen zu können. Außerdem sei der Beklagte wieder ordnungs-
g verfahren, sobald der Kläger Widerstand geleistet

Es kann auf sich beruhen, inwieweit der Kläger die
enschaften des Beklagten gekannt hat oder hätte kennen
en, und inwieweit er sie gebilligt hat.

Denn die Revision übersieht, daß das Berufungsge-
t dem Beklagten lediglich zum Vorwurf gemacht hat, er
sich dem Verdacht ausgesetzt, 85.000 DM veruntreut zu
n. Gegenüber diesem Vorwurf kann die Revision nicht
enden, der Kläger habe die Verschleierung von Einnah-
und Ausgaben gegenüber dem Finanzamt, also eine andere
ehlung des Beklagten geduldet; denn darin liegt im Ver-
nis zum Beklagten, auf das es unter den obwaltenden Um-
ien allein ankommt (vgl. BGHZ 31, 306 f), kein Ver-
lden.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Beklagte
e sich auf etwaige Verdienste um das Unternehmen und

demgemäß auch auf die Höhe des Auftragsbestandes nicht berufen. Die Nachteile, die er dem Unternehmen durch Veruntreuungen möglicherweise zugefügt habe, könnten wesentlich größer sein, als die auf seinen Verdiensten beruhenden etwaigen Vorteile. Der Niedergang des Unternehmens habe bereits Mitte 1960 eingesetzt, zu einer Zeit also, in der der Beklagte noch vollen Einfluß auf die Geschäftsführung gehabt habe.

1. Zu Unrecht wendet die Revision demgegenüber ein, für die finanziellen Schwierigkeiten im Jahre 1960 könne der Beklagte schon deshalb nicht verantwortlich gemacht werden, weil er seit Ende 1958 keine Einnahmen und Ausgaben mehr verschleiert habe. Er hat die 84.240 DM der Firma B. erst im Jahre 1959 erhalten, kann also die Veruntreuung, deren er verdächtig ist, insoweit frühestens in diesem Jahr begangen haben. Deshalb durfte das Berufungsgericht durchaus die Machenschaften des Beklagten als Ursache des Geschäftsniedergangs im Jahre 1960 ansehen, solange nicht der Beklagte das Gegenteil darlegte.

2. Die Revision kann dem Berufungsgericht aber auch nicht vorwerfen, es habe allgemeine Beweisregeln verletzt und habe zu Unrecht die Beweisantritte übergangen, mit denen der Beklagte seine Verdienste um den Ausbau des Unternehmens hatte dartun wollen.

Denn das Berufungsgericht hat solche Verdienste des Beklagten seinen Erwägungen zugrunde gelegt. Wenn es dabei diesen Verdiensten aus tatsächlichen Gründen jedoch gleichwohl keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat, so muß die Revision das in dieser Instanz hinnehmen, da insoweit ein Rechtsfehler nicht ersichtlich ist.

IV. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Verfehlung des Beklagten wiege so schwer, daß dem Kläger eine Fort-

setzung
gemute
Komman

weiter
Gesell
genügt

gesell
zwischen
lage k
den, d
Lebens
an sei
konnte
gezoge
anstan
keit n

V.
Kosten.

ig des Gesellschaftsverhältnisses auch dann nicht zu-
st werden könnte, wenn der Beklagte nur noch als
ditist beteiligt bliebe.

Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte des
en auch prüfen müssen, ob nicht eine Auflösung der
schaft nach § 133 HGB den Interessen des Klägers
haben würde.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Allein der Beklagte ist es gewesen, der durch sein
schaftswidriges Verhalten das Vertrauensverhältnis
en den Gesellschaftern zerstört hat. Bei dieser Sach-
ann es dem Kläger von vornherein nicht zugemutet wer-
as Unternehmen, in dem er mehr als 50 Jahre seines
tätig gewesen war, nunmehr um des Beklagten willen
nem Lebensabend zu zerschlagen. Bei dieser Sachlage
eine Auflösung der Gesellschaft nicht in Betracht
n werden. Es ist daher aus Rechtsgründen nicht zu be-
den, daß das Berufungsgericht sich mit dieser Möglich-
icht noch besonders auseinandergesetzt hat.

Die nach alledem erfolglose Revision war mit der
folge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen. Dabei war

die Formel des erstinstanzlichen Urteils dem Wortlaut von
§ 142 HGB anzupassen.

Dr. Fischer

Dr. Nörr

Liesecke

Dr. Bukow

Dr. Schulze