

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 140/72

URTEIL

Verkündet am
7. Februar 1974
Kaufmann,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Helmut K [REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED],
N [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Rudolf B [REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED],
N [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 12. Mai 1972 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revisionsinstanz fallen zu 6/17 dem Kläger und zu 11/17 dem Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Jahre 1951 hatten der Beklagte, der Kläger und seine damalige Ehefrau (die "Eheleute B [REDACTED]") eine offene Handelsgesellschaft zum Betrieb eines Güterfernverkehrsunternehmens errichtet. Im Jahre 1957 wurde zunächst über das Privatvermögen von Frau B [REDACTED] und bald danach auch über dasjenige des Klägers der Konkurs eröffnet. In diesen Verfahren schloß der Beklagte mit den Konkursverwaltern Verträge ab, nach denen er Zahlungen zu den Konkursmassen leistete, während die Konkursverwalter sich mit dem Ausscheiden der Eheleute B [REDACTED] aus der Gesellschaft einverstanden erklärten. Der Beklagte setzte das Unternehmen für eigene Rechnung fort. In dem im Jahre 1958 begonnenen "Vorprozeß" hat das Oberlandesgericht

- 3 -

festgestellt, der Beklagte sei nicht berechtigt, das Unternehmen allein weiterzuführen, und sei verpflichtet, den Eheleuten B. [REDACTED] allen Schaden zu ersetzen, der ihnen durch die Konkursöffnungen und durch seine Vereinbarungen mit den Konkursverwaltern entstanden sei; denn er könne sich auf diese Vereinbarungen nicht berufen, da er die Konkurse unter Verletzung seiner gesellschaftlichen Treuepflicht herbeigeführt habe. Die Revision des Beklagten ist durch Urteil des Senats II ZR 21/62 vom 15. Juni 1964 = WM 1964, 1127 zurückgewiesen worden.

Im vorliegenden Rechtsstreit erstrebt der Kläger - wie Frau B. [REDACTED] im "Parallelprozeß" - unter anderem die Verurteilung des Beklagten, ihn an den Beträgen zu beteiligen, die dieser von September 1957 bis Dezember 1967 dem Geschäftsvermögen entnommen habe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil, soweit dieses in der Revisionsinstanz nach Erledigung der Revision des Klägers noch interessiert, den Beklagten verurteilt, 162.200,05 DM nebst Zinsen an bestimmte Gläubiger des Klägers zu zahlen, an die dieser seinen Anspruch in Teilbeträgen abgetreten hatte. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Beklagten diesen Betrag unter teilweiser Klagabweisung auf 97.367,44 DM ermäßigt, weil der Beklagte im übrigen wirksam aufgerechnet habe.

Der Beklagte verfolgt mit seiner Revision seinen Klagabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Das Berufungsgericht erblickt den Grund des Anspruchs in der im Vorprozeß festgestellten Schadensersatzpflicht des Beklagten. Zur Höhe des Anspruchs geht es davon aus, daß der Betrag, den der Beklagte vom September 1957 bis Dezember 1967 entnommen hat, bei Fortsetzung der Gesellschaft als Gewinn ausgeschüttet worden sein und in Höhe von 25 % dem Kläger zugestanden haben würde. Entnommen habe der Beklagte zumindest die im Teilurteil des Landgerichts errechneten 648.800,22 DM. Davon entfielen auf den Kläger 162.200,05 DM. Da jedoch der Beklagte in Höhe von 64.832,61 DM wirksam aufgerechnet habe, müsse er nur noch 97.367,44 DM nebst Zinsen an Gläubiger des Klägers zahlen.

1. Die Revision meint in erster Linie, das Berufungsgericht hätte, um die Höhe des dem Kläger durch die Konkursöffnung und sein Ausscheiden aus der Gesellschaft entstandenen Schadens zu ermitteln, nicht von der tatsächlichen Entwicklung ausgehen dürfen, sondern die durch den Abschluß des Übernahmevertrages geschaffene Lage des Klägers mit derjenigen vergleichen müssen, welche beim Verbleib des Klägers in der Gesellschaft bestanden haben würde. Dazu habe der Beklagte in der Berufungsinstanz vortragen, die Gesellschaft sei im September 1957 hoffnungslos überschuldet gewesen, habe unmittelbar vor der Zahlungseinstellung gestanden und wäre wegen der Haltung und Einstellung der Eheleute B. in Konkurs gefallen, wenn diese nicht ausgeschieden wären. Bei Beachtung dieses Vortrags hätte das Berufungsgericht, so meint die Revision, zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß der Kläger keinen

Schaden erlitten habe und die Klage schon deshalb abzuweisen sei.

Der Angriff ist unbegründet. Die Revision verkennt, daß der Beklagte nach dem einer erneuten Nachprüfung nicht zugänglichen Urteil im Vorprozeß den Kläger nicht etwa nur finanziell so stellen muß, wie dieser vermutlich gestanden hätte, wenn das Gesellschaftsunternehmen gemeinschaftlich weiter betrieben worden wäre; er hat ihn vielmehr als nicht ausgeschiedenen Gesellschafter "anzuerkennen" (vgl. SenUrt. II ZR 21/62 v. 15. 6. 64, S. 9), muß sich also so behandeln lassen wie ein Gesellschafter, der bei ununterbrochen fortgesetzter Gesellschaft das Gesellschaftsunternehmen unbefugt auf eigene Rechnung betrieben hat und die gezogenen Gewinne anteilig herausgeben muß.

2. Einzelne, auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhende Ansprüche sind zwar auch dann, wenn sie einem Gesellschafter nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen einen Mitgesellschafter zustehen, im Auflösungsstadium in der Regel nur als unselbständige Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung zu behandeln und können deshalb nicht mehr selbständig geltend gemacht werden. Ein Gesellschafter ist jedoch wegen eines persönlichen Anspruchs gegen einen Mitgesellschafter auf den Abschluß der Auseinandersetzung nicht zu verweisen, wenn ausnahmsweise schon vorher feststeht, daß er diesen Mitgesellschafter im Endergebnis in bestimmter Höhe in Anspruch nehmen kann (vgl. das im Parallelprozeß ergangene Urteil des Senats II ZR 47/68 v. 4. 7. 68, LM HGB § 145 Nr. 5). Dem ist das Berufungsgericht gefolgt.

Die Revision rügt, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine sichere Grundlage für eine vorläufige Auseinandersetzungsrechnung zwischen den Parteien vorhanden gewesen sei. Damit wird sie aber den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils nicht gerecht. Denn jener Ausgangspunkt für eine solche einstweilige Auseinandersetzung ergibt sich aus den vom Berufungsgericht (S. 58 BU) in bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts. Dieses hatte in seinem Teilurteil den Stand der Kapitalkonten zum 31. Dezember 1967 aus den vom Beklagten selbst vorgelegten Bilanzen abgeleitet. Danach ist, wenn man mit den Vorinstanzen eine als Gewinn zu behandelnde Entnahme des Beklagten von 648.800,22 DM zugrunde legt, wenn ferner der Beklagte 25 % = 162.200,05 DM durch Aufrechnung oder Befriedigung von Gläubigern des Klägers an diesen leistet und wenn damit auch dessen Gewinnansprüche gegen die Gesellschaft in dieser Höhe erlöschen, der Negativsaldo auf dem Kapitalkonto des Beklagten mit 220.372,80 DM immer noch größer, als derjenige auf dem Konto des Klägers mit 109.923,83 DM. Der Beklagte hat diese Berechnung als solche nicht beanstandet. Er hat auch nicht geltend gemacht, bei der Liquidation sei mit einem Verlust zu rechnen, für den die Gläubiger ihn allein in Anspruch nehmen könnten mit der Folge, daß der Kläger ihm, wenn er jetzt etwas von ihm erhielte, trotz seines geringeren Schuldsaldos einen Ausgleich schuldete.

3. Die von der Revision erhobenen Beanstandungen vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

a) Es gibt keine Gründe, die es rechtfertigen, dem Beklagten von seinen Entnahmen vorweg mehr gutzubringen als die Vorinstanzen das bereits getan haben, und damit den als Gewinn zu behandelnden Betrag von 648.800,22 DM

zu mindern. Insoweit wendet sich die Revision dagegen, daß sie dem Beklagten als "Unternehmerlohn" für die Monate September 1957 bis Dezember 1967 nur $124 \times 500 = 62.000$ DM zugebilligt haben. Das ist der Betrag, der dem Beklagten nach dem Gesellschaftsvertrag vom 15. Dezember 1951 als Tätigkeitsvergütung zustand. Die Revision macht geltend, im Parallelprozeß habe das Berufungsgericht im Urteil vom 28. Februar 1969 den Gesellschaftsvertrag "laut Vergleich vom 22. August 1955" für maßgebend erklärt, nach dem der Beklagte nicht nur 500, sondern 1.000 DM monatlich vorweg habe beanspruchen können. Der Einwand ist jedoch nicht berechtigt.

Der Kläger hat - anders als seine damalige Ehefrau - den Vertrag, der aufgrund des Vergleichs vom 22. August 1955 entworfen worden war und auf den die Revision sich bezieht, nicht unterschrieben. Ihm gegenüber kann sich der Beklagte auf diesen Vertrag deshalb nicht berufen. Es kann sich allenfalls fragen, ob der Kläger unter den obwaltenden Umständen verpflichtet gewesen wäre, einer Erhöhung der im Vertrag von 1951 vereinbarten Tätigkeitsvergütung auf monatlich 1.000 DM zuzustimmen. Das ist jedoch zu verneinen. Ein Gesellschafter ist nur in besonderen Ausnahmefällen gehalten, einer Erhöhung der einem geschäftsführenden Gesellschafter gesellschaftsvertraglich zugesagten Tätigkeitsvergütung zuzustimmen (BGHZ 44, 40 f). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Zwar hat der Beklagte von September 1957 bis Dezember 1967 die Geschäfte allein geführt. In dieser Zeit ist der Umsatz von 2,5 auf 12,5 Mio. DM gestiegen. Andererseits kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, wie es zu der alleinigen Geschäftsführung des Beklagten gekommen ist. Ursprünglich - nach dem Vertrag von 1951 - waren auch die Eheleute B [REDACTED] daran beteiligt; der Kläger hatte bei einer Gewinn-

beteiligung von 50 % monatlich 300 DM, der Beklagte und Frau B. hatten bei einer Gewinnbeteiligung von je 25 % monatlich je 500 DM Tätigkeitsvergütung zu erhalten. Durch den Vergleich vom 22. August 1955 verzichtete der Kläger auf seine Geschäftsführungsbefugnis; sein Gewinnanteil wurde auf 25 % herabgesetzt, die Anteile der beiden anderen Gesellschafter wurden auf je 37,5 % erhöht. Hatten aber die Gesellschafter den gewandelten Verhältnissen in der Gesellschaft bereits durch eine Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels zugunsten des Beklagten Rechnung getragen, so besteht schon deshalb kein hinreichender Grund für die Annahme, der Kläger könnte darüber hinaus verpflichtet sein, ihm eine höhere Tätigkeitsvergütung einzuräumen. Ein solcher Grund ergibt sich - jedenfalls zu Lasten des Klägers - auch nicht daraus, daß der Beklagte seit Sommer 1957 Frau B. nicht mehr an der Geschäftsführung hat teilnehmen lassen.

Eine andere Frage ist es, ob der Beklagte mit Recht geltend gemacht hatte, ihm seien gemäß § 7 c des Gesellschaftsvertrages von 1951 außer den monatlichen Festbeträgen von 500 DM zusätzlich je 0,50 DM auf die ersten 600 und je 0,65 DM auf die darüber hinaus monatlich beförderten Personenkraftwagen vorweg gutzubringen. Das Landgericht hatte ihm diese Vergütung mit der Begründung aberkannt, darauf bestehe im Liquidationsstadium kein Anspruch mehr. Ob dem mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des vorliegenden Falles gefolgt werden könnte, erscheint zweifelhaft. Der Anspruch kann aber aus verfahrensrechtlichen Gründen in diesem Rechtsstreit nicht mehr berücksichtigt werden, nachdem der Beklagte im Berufungsverfahren nicht darauf zurückgekommen ist und dort auch keine substantiierte Berechnung vorgelegt hat.

b) Ebensowenig ist es zulässig, den Negativsaldo auf dem Kapitalkonto des Klägers um die 65.713 DM zu erhöhen, um die der Kläger nach dem Vergleich vom 22. August 1955 sein Kapitalkonto hätte aufstocken müssen. Zwar könnte der Gesellschaft dadurch, daß er die Einlage nicht geleistet hat, ein Schaden entstanden sein. Das hat der Beklagte jedoch nicht dargelegt. Er hat sich insoweit mit der Geltendmachung eines Zinsanspruchs begnügt (BU S. 80), statt im einzelnen darzutun, daß die Gesellschaft schon vor dem förmlichen Ausscheiden des Klägers im September 1957 auf seine Einlage angewiesen war und durch die Nichterfüllung einen Schaden erlitten hat.

4. Der Beklagte hat noch mit Forderungen in Höhe von 5.704,75 DM und 2.424,34 DM nebst Zinsen aufgerechnet. Für Grund und Höhe dieser Forderungen hat er sich auf zwei gleichlautende Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Burschberg vom 13. und 15. Januar 1955 (hinter Bl. 862 und Bl. 865 der Parallelprozeßakten 27 O 2/65) berufen. Darin heißt es: "Ohne Präjudiz für die Höhe der Forderung gegen die N [REDACTED] GmbH" erklärten die Eheleute Behrens, "daß sie Sie von einem Schaden, der aus dieser Angelegenheit entstehen könnte, freihalten werden ..."

a) Die Revision meint in erster Linie, gemäß einem vom Beklagten gestellten Antrag hätte das Berufungsgericht Rechtsanwalt Dr. B [REDACTED] als Zeugen vernehmen müssen. Da nach Lage der Sache davon auszugehen sei, daß er als Verfasser der Schreiben über den Verpflichtungsgrund die erforderliche Erklärung hätte abgeben können, sei die Begründung des Berufungsgerichts, der Zeuge hätte nicht mehr sagen können, als in dem Schreiben gestanden habe, eine unzulässige Vorwegnahme des Beweisergebnisses.

Das Berufungsgericht hat die Vernehmung des Zeugen jedoch mit zwei anderen Begründungen abgelehnt, daß nämlich der Beklagte selbst nicht behauptet habe, der Zeuge könne mehr sagen, als in seinem Schreiben stehe, und daß der Zeuge nicht von seiner Schweigepflicht entbunden worden sei (BU S. 79 oben). Diese Begründungen tragen das Berufungsurteil.

b) Soweit die Revision geltend macht, der Beklagte habe im Parallelprozeß die Beiziehung der Konkursakten der Frau B. mit der Begründung beantragt, sie enthielten auch den die Forderungen des Beklagten betreffenden Schuldtitel, verwechselt sie diese Forderungen mit einer Forderung der B. in Höhe von 4.900 DM (vgl. Bl. 863 der Parallelprozeßakten). Daß auch über die hier streitigen Forderungen ein Schuldtitel bestehe, hat der Beklagte nicht behauptet.

Im Konkursverfahren gegen Frau Behrens hatte er diese Forderungen zwar gleichfalls anmelden lassen. Er hatte sich jedoch auch dabei nur auf die Schreiben des Rechtsanwalts Dr. B. berufen. Frau Behrens hat die Forderungen, die in der Konkurstabelle nur "unter aufschiebender Bedingung nach § 67 KO in Höhe des Ausfalls" festgestellt worden sind, schon im Prüfungstermin bestritten (vgl. Bl. 864 und 866 der Parallelprozeßakten).

5. Bei der Kostenentscheidung hat der Senat berücksichtigt, daß auch der Kläger Revision eingelegt hatte, diese aber mit einem am 3. November 1973 eingegangenen Schriftsatz zurückgenommen hat (§§ 97 Abs. 1, 566, 515 Abs. 3, 92 ZPO).

Stimpel

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann