

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 144/64

URTEIL

Verkündet am
13. Juli 1967
Heil,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Assessors Gustav H [REDACTED], [REDACTED] R [REDACTED]/Hol-
stein, S [REDACTED] stieg [REDACTED],
2. des Kaufmanns Rudi W [REDACTED], [REDACTED] I [REDACTED]
Beim So [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h. c. [REDACTED] -

gegen

die Firma Richard H ü [REDACTED], Spezialfabrik elektri-
scher Ventilatoren und Apparate, Kirchhain Bez. K [REDACTED], In-
haberin: Frau Ingoborg Ku [REDACTED] geb. Hü [REDACTED] in Ki [REDACTED]

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Schulze und Stimpel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 4. Juni 1964 wird zurückgewiesen.

Die Beklagten haben auch die Kosten der Revision als Gesamtschuldner zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellte in ihrem A [REDACTED] Zweigbetrieb Waschmaschinen her, die sie in den Jahren 1955 und 1956 durch die Firma T [REDACTED] in D [REDACTED] vertreiben ließ. Als diese Firma in Zahlungsschwierigkeiten geriet, wurde auf Veranlassung der Klägerin von zwei Angestellten der Firma T [REDACTED], dem Beklagten zu 2) und dem Kaufmann Ha [REDACTED], am 3. Juni 1956 eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma "Ha [REDACTED] & W [REDACTED] OHG" mit dem Sitz in D [REDACTED], später in A [REDACTED], gegründet. Am 16. Oktober 1957 wurde der Beklagte zu 1) als Gesellschafter ohne Geschäftsführungsbefugnis aufgenommen. Die Klägerin schloß mit der OHG einen Vertrag über den Vertrieb der von der Klägerin hergestellten

- 3 -

Waschmaschinen. Darin übernahm die OHG das Geschäft der Firma T [REDACTED] und damit auch die Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin. Die OHG verkaufte die Waschmaschinen im eigenen Namen, wobei sie sich als "Werksvertretung" der Klägerin bezeichnete. Die Kreditkäufe wurden über die Deutsche I [REDACTED] finanzierungs-AG abgewickelt. Die Finanzierungsdarlehen wurden an die Klägerin überwiesen, die der OHG diejenigen Beträge gutbrachte, die ihr außer der Baranzahlung als Handelsspanne zustanden. Zahlte ein Käufer nicht, so wurden die nicht gezahlten Raten von der Klägerin der OHG belastet. Da der Absatz der Waschmaschinen nicht die nötigen Erträge brachte, war die OHG genötigt, den Kredit der Klägerin in Anspruch zu nehmen. Ihr Gesellschafter Ha [REDACTED] akzeptierte namens der OHG in erheblichem Umfange Wechsel, die die Klägerin ausgestellt hatte. Die OHG trat ferner ihre Gewinnanteile aus den Kaufverträgen an die Klägerin ab, die zum Teil zur Schuldtilgung verwendet werden sollten.

Der Beklagte zu 1) kündigte am 28. Juni 1958 die Gesellschaft zum 31. Dezember 1958. Der Gesellschafter Hagenbuch und der Beklagte zu 2) führten ohne besonderen Fortsetzungsbeschluß die Gesellschaft nach dem 31. Dezember 1958 fort. Am 8. April 1959 einigten sich die Gesellschafter dahin, daß Ha [REDACTED] das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen solle. Das Ausscheiden der Beklagten sollte zum 31. Dezember 1958 wirksam werden. Das Ausscheiden der beiden Beklagten und die Übernahme durch Ha [REDACTED] wurde am 5. Mai 1959 in das Handelsregister eingetragen. Mit Schreiben vom 3. April 1959 kündigte die Klägerin den Vertriebsvertrag mit der OHG.



Über die beiderseitigen Ansprüche und Leistungen wurde von der Klägerin für die OHG eine laufende Rechnung mit verschiedenen Konten geführt, die, von Zwischensaldierungen abgesehen, zum 31. Dezember jeden Jahres saldiert wurde. Die Klägerin hat per 31. Dezember 1958 einen Kontokorrentsaldo von 192.684,19 DM errechnet. Durch die Rückbelastung nicht eingelöster Wechsel hat sich nach ihrer Behauptung der Schuldsaldo per 11. Mai 1959 auf 524.958,22 DM erhöht, und per 30. September 1963 infolge eingegangener Zahlungen auf 306.000 DM vermindert.

Die Klägerin hat die Verurteilung der Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 100.000 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 5. Mai 1959 begehrt. Sie verlangt diesen Betrag als Teil des Kontokorrentsaldos beim Ausscheiden der Beklagten aus der Gesellschaft, das ihr gegenüber erst am 5. Mai 1959, dem Tage der Eintragung in das Handelsregister, wirksam geworden sei.

Die Beklagten haben Klagabweisung beantragt. Sie haben geltend gemacht, die OHG sei lediglich eine wirtschaftlich unselbständige Verkaufsabteilung der Klägerin und sie deren Angestellte gewesen. Die Gesellschaft sei ohne jedes Eigenkapital der Gesellschafter auf Veranlassung der Klägerin gegründet worden, die die Gesellschaft zur Übernahme der Schulden der Firma T. [REDACTED] gezwungen, den Betrieb der OHG genau kontrolliert und die Privatentnahme der Gesellschafter begrenzt habe. Die OHG habe auch nur Erzeugnisse der Klägerin verkaufen dürfen.

Sie brauchten jedenfalls nur für die bis zum 31. Dezember 1958 entstandenen Verbindlichkeiten der OHG zu haften, da der Klägerin die Kündigung der Gesellschaft

durch den Beklagten zu 1) bekannt und die Fortsetzung der Gesellschaft für den Fall der Kündigung eines Gesellschafters nicht vorgesehen sei. Die Wechsel seien nichtig, weil Ha [REDACTED] sie ohne Mitwirkung des Beklagten zu 2) gezeichnet habe. Auch habe es sich um reine Finanzierungswechsel gehandelt. Das Kontokorrentverhältnis sei durch die Kündigung des Vertriebsvertrages vom 3. April 1959 erloschen. Der Kontokorrentsaldo per 31. Dezember 1958 sei durch spätere Gutschriften getilgt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 100.000 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1. Juli 1959 an die Klägerin verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiterverfolgen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die OHG sei nicht zum Schein gegründet und nicht nur eine Verkaufsabteilung der Klägerin gewesen. Es hat das Vorbringen der Beklagten auch unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob der Vertriebsvertrag der Klägerin mit der OHG ein sittenwidriger Knebelungsvertrag sei und den Beklagten daher eine Einrede der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber den Forderungen der Klägerin zustehe. Dies wurde verneint. Die Revision hält wesentlichen Prozeßstoff für übergangen (§ 286 ZPO), kann aber damit nicht durchdringen.

Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht nicht gewürdigt und nicht für erwiesen erachtet habe, die Klägerin habe die OHG zur Übernahme der Schuldenlast der Firma T[REDACTED] in Höhe von 100.000 DM veranlaßt, obwohl die Gesellschafter keinerlei Eigenkapital besaßen und einbrachten. Es bedarf keiner Erörterung, ob die Erschöpfung der Beweismittel, insbesondere durch Heranziehung der Unterlagen des Zeugen Ha[REDACTED], Feststellungen über den Umfang und das finanzielle Ergebnis des T[REDACTED]geschäfts ermöglicht hätte. Das Berufungsgericht konnte der Aussage des Zeugen Ha[REDACTED] jedenfalls entnehmen, daß die Beklagten das T[REDACTED]geschäft in Erkenntnis des darin liegenden Risikos übernommen haben. Ob sich im Ergebnis ein Verlust der OHG herausstellte, hing davon ab, wie sich die Abwicklung der von der Firma T[REDACTED] übernommenen und noch laufenden Teilzahlungsverträge gestaltete. Das Berufungsgericht konnte bereits hieraus ohne Rechtsverstoß entnehmen, die Gründung der OHG sei nicht als bloßes Werkzeug der Klägerin gedacht gewesen, die bereits feststehende Schuldenlast der Firma T[REDACTED] durch Ausnutzung der Beklagten hereinzubringen. Die Vertriebsverträge brauchten daher nicht als Knebelungsverträge betrachtet zu werden.

Auch die sonstigen von der Revision angeführten Gesichtspunkte lassen die Ansicht des Berufungsgerichts nicht als rechtsfehlerhaft erscheinen. Selbst wenn die scharfen Kontrollen, denen sich die OHG gegenüber der Klägerin unterwarf, und der Einfluß auf die Privatentnahmen der Gesellschafter schon vor der wachsenden Verschuldung der OHG bestanden, wie die Revision geltend macht, ist eine Knebelung mit Recht vom Berufungsgericht verneint worden. Die Klägerin mußte von vornherein Wert

darauf legen, die OHG, die auf die Kredite der Klägerin angewiesen war und deren Gesellschafter kein Kapital einbrachten, im Auge zu behalten. Die Beklagten sind auf die Verträge eingegangen, um das Vertriebsgeschäft als Unternehmer übernehmen und fortführen zu können.

Die Revision vermag auch nicht darzutun, daß der Verdienst, der der OHG als sog. Provision verblieb (92 bis 100 DM pro Maschine), derart unangemessen war, daß die OHG nicht erfolgreich wirtschaften konnte. Das Berufungsgericht verweist darauf, daß die OHG noch im letzten Jahr etwa 1 1/2 Mill. DM Umsatz gehabt hat, daß aber die Gesellschafter Privatentnahmen gemacht haben, die in keinem Verhältnis zu dem erzielten Erfolg standen. Ob steuerlich oder für die Prüfung durch die Treuhandgesellschaft die OHG als Teil des Betriebes der Klägerin angesehen wurde, ist für die Frage der unzulässigen Rechtsausübung der Klägerin gegenüber den Beklagten ohne Belang. Ein Verbot, Erzeugnisse anderer Firmen zu vertreiben, war auch mit der von der Revision als übergangen gerügten Aussage des Zeugen R. nicht zu beweisen.

II. Das Berufungsgericht geht von einem nicht anerkannten, aber durch Vorlage von Unterlagen nachgewiesenen Saldo per 31. Dezember 1958 von 217.301,65 DM zu Lasten der OHG aus. Es legt dar, in das Kontokorrent seien Gutschriften für die OHG in Höhe von 131.659,39 DM aufgenommen worden, weil Ha. in der Zeit vom 11. November 1958 bis 31. Dezember 1958 in dieser Höhe der Klägerin Wechsel ausgehändigt hatte, die er namens der OHG akzeptiert hatte. Diese Wechsel seien nur unter der Bedingung ihrer Einlösung gutgebracht worden. Da sie nicht eingelöst worden seien, habe die Klägerin sie

zurückbelasten dürfen. Ihr Betrag sei daher dem Saldo per 31. Dezember 1958 hinzuzusetzen. Nach Abzug der einbehaltenen Difag-Schadensreserve von 82.995,85 DM ergebe sich eine Schuld per 31. Dezember 1958 265.965,19 DM.

Die Revision beanstandet vergeblich die Rückbelastung der Wechsel und die Haftung der Beklagten für den erhöhten Saldo. Die Wechsel sind erfüllungshalber im Hinblick auf Verbindlichkeiten der OHG gegenüber der Klägerin gegeben worden. Die Bemerkung des angefochtenen Urteils, sie seien "nur an Erfüllung Statt gegeben" worden, ist offenbar ein Schreibversehen. Es ist kein Grund ersichtlich, § 364 Abs. 2 BGB auf die Ha[REDACTED]-Wechsel nicht anzuwenden. Ihre Rückbelastung bei Nichteinlösung ist zulässig, weil nur ein fehlgeschlagener Befriedigungsversuch vorliegt. Waren die Wechsel nichtig, wie die Revision meint, so war die Rückbelastung sogar von vornherein zulässig. Auf die Haftung der OHG und damit der Beklagten für diese Wechsel stützt sich die Klage nicht mehr in erster Linie, so daß es entgegen der Ansicht der Revision nicht darauf ankommt, ob Ha[REDACTED] wirksam für die OHG akzeptiert hat oder sonst Einwendungen den Wechseln entgegenstehen.

Als Schuldsaldo per 31. Dezember 1958 ist hiernach mit Recht vom Berufungsgericht ein Betrag von 265.965,19 DM angenommen worden. Dieser Betrag ist die Höchstgrenze, bis zu der die Beklagten bei Fortsetzung des Kontokorrents über den Zeitpunkt ihres Ausscheidens hinaus haften. Ergaben sich in der Folgezeit niedrigere Salden, so beschränkte sich ihre Haftung auf den niedrigsten Saldo (Schlegelberger-Hefermehl, HGB 4. Aufl. § 356 A. 13). Einen solchen

niedrigeren Saldo hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Die Revision meint demgegenüber, das Kontokorrentverhältnis sei mit dem 31. Dezember 1958 erloschen und alle späteren Eingänge auf die in das Kontokorrent aufgenommenen Verbindlichkeiten der OHG seien den Beklagten gutzubringen. Die Gesellschaft sei mit dem 31. Dezember 1958 in Liquidation getreten und damit das Kontokorrent beendet. Die Revision läßt außer Betracht, daß die drei Gesellschafter die Übernahme des Handelsgeschäfts durch Hagenbuch ab 1. Januar 1959 mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation vereinbart haben (Vertrag vom 8. April 1959 - Bl. 34 b in 2 O 102/59 LG Marburg). Die Geschäftsverbindung mit der Klägerin ist durch Ha [REDACTED] über den 31. Dezember 1958 hinaus fortgesetzt worden. Auch die Kontokorrentabrede hat mangels einer Kündigung zunächst fortbestanden. Die laufende Rechnung ist daher weitergeführt worden. Dabei hat sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kein Saldo ergeben, der unter dem per 31. Dezember 1958 ermittelten liegt. Die Beklagten können nicht, wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, die Gutschriften seit dem 1. Januar 1959 auf den Saldo per 31. Dezember 1958 anrechnen, um ihre Haftung entsprechend zu vermindern. Nur wenn sich bei der Fortführung des Kontokorrents ein Saldo ergab, der unter dem für den Zeitpunkt ihres Ausscheidens festgestellten lag, beschränkte sich die Haftung der Beklagten auf den niedrigeren Betrag. Das ist aber nicht der Fall gewesen.

Die Revision hat ferner nicht recht, wenn sie meint, auch dann, wenn als Tag der Beendigung des Kontokorrentverhältnisses infolge Kündigung des Vertriebsvertrages

der 4. April 1959 angenommen werde, ergebe sich keine Haftung der Beklagten mehr. Die Revision kommt zu diesem Ergebnis nur, weil sie die Wechsel den Beklagten gutbringen will, obwohl diese nicht eingelöst und zurückbelastet sind. Das ist, wie ausgeführt, unrichtig.

III. Das Berufungsgericht konnte auch der Klägerin ohne Verfahrensverstoß 10 % Zinsen als Verzugsschaden gemäß §§ 286, 288 Abs. 2 BGB, § 287 ZPO zubilligen, nachdem die Klägerin Bankbestätigungen über ihre sämtlichen Aufwendungen für den infolge der Nichtleistung der Beklagten in Anspruch genommenen Kontokorrentkredit vorgelegt und die Beklagten keine Einwendungen im einzelnen gegen die Posten an Zinsen, Kreditprovision, Umsatzprovision, Überziehungsprovision und Spesen (insbesondere Portospesen) erhoben hatten. Es stand im Ermessen des Berufungsgerichts, ob es auf Grund einer Würdigung der Umstände (Kontokorrentkredit mit zahlreichen Einzelposten) die Entstehung eines Verzugsschadens in Höhe von 10 % des vorenthaltenen Kapitals jährlich annehmen wollte (§ 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Eine Überschreitung der Grenzen des freien Ermessens ist nicht ersichtlich.

IV. Die Revision erweist sich hiernach als unbegründet und war daher zurückzuweisen. Die Beklagten haben die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels gemäß §§ 97, 100 Abs. 4 ZPO als Gesamtschuldner zu tragen.

Dr. Fischer Dr. Kuhn Liesecke Dr. Schulze Stimpel