

Verkündet
am 26. Oktober 1964
Schorm, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m h a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. der Offenen Handelsgesellschaft Herbert G.,
H., M.,
2. ihrer Gesellschafter
 - a) Dr. Detlef J., H., S. str.,
 - b) Walter H., H., B.,

Beklagten, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

Dr. Wilhelm B., H., S. weg,
als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des Kaufmanns
Walther G.,

Kläger, Revisionsbeklagten und
Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Oktober 1964 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der
Bundesrichter Dr. Nörr, Liesecke, Dr. Bukow und
Dr. Schulze
für Recht erkannt:

Auf die Revision wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 28. Juni 1962 aufgehoben, soweit die Beklagten verurteilt worden sind, mehr als 55.162,70 DM nebst 4 % Zinsen seit 1. Januar 1954 und mehr als 3.309,76 DM Zinsen für die Zeit vom 1. Juli 1952 bis 31. Dezember 1953 zu zahlen.

Auf die Anschlußrevision wird das vorgenannte Urteil aufgehoben, soweit das Berufungsgericht die Klage in Höhe von 8.981,40 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Juli 1944, 138,36 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Juli 1949 und 239,01 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 21. Juni 1948 abgewiesen hat.

Auf beide Rechtsmittel wird das Berufungsurteil außerdem im Kostenpunkt aufgehoben.

Im übrigen werden beide Rechtsmittel zurückgewiesen.

Soweit über die Kosten des Rechtsstreits noch nicht durch das Teilurteil des Berufungsgerichts vom 19. Juli 1956 und durch das Urteil des Senats vom 7. November 1957 - II ZR 251/56 - entschieden ist, werden sie einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens zu 2/3 den Beklagten als Gesamtschuldnern auferlegt.

Im übrigen wird die Sache im Umfange der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger macht in diesem Rechtsstreit als Testamentsvollstrecker einen Anspruch der Witwe und der Tochter des am 22. Oktober 1943 verstorbenen Kaufmanns Walther G. [REDACTED] geltend.

Walther G. [REDACTED] und sein Bruder Herbert waren Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Entsprechend einer gesellschaftsvertraglichen Bestimmung führte Herbert G. [REDACTED] nach dem Tode seines Bruders das Geschäft allein weiter. Im Jahre 1950 brachte er es in eine mit den Beklagten zu 2) errichtete offene Handelsgesellschaft ein. Diese Gesellschaft ist die Beklagte zu 1). Er selbst schied mit Wirkung vom 1. Januar 1952 aus der Gesellschaft aus und starb im Juni 1952.

Nach dem Tode von Walther G. [REDACTED] hat sein Bruder Herbert mit dem Kläger über den Abschluß eines Auseinandersetzungsvertrages verhandelt. Dabei ist aufgrund eines Briefwechsels von April und Mai 1944 ein Schriftstück entstanden, daß die Parteien als "Anlage VIII" bezeichnen und das folgende Bestimmungen enthält:

- "1. Die Erben bleiben bis zum 31. Dezember 1943 am Gewinn der offenen Handelsgesellschaft mit der gleichen Quote wie der Erblasser beteiligt.
2. Das am Schluß des Sterbejahres zu errechnende Kapitalguthaben ist mit 4 % zu verzinsen und bis zum 31. Dezember 1944 auszusahlen.
3. Für die Auseinandersetzung mit den Erben sind lediglich die bilanzmäßigen Werte maßgebend. Ein good will wird nicht gezahlt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



4. Für die Zeit ab 1. Januar 1944 erhält Frau G. bis zum 31. Dezember 1953 eine Beteiligung am Reingewinn der Firma in Höhe von 5 %, höchstens jedoch von RM 500,-- monatlich. Diese Zahlung ist als Versorgungsrente gedacht und soll der Witwe gezahlt werden, um ihren Lebensunterhalt sicherzustellen.

5. Die Aufstellung der Jahresbilanz liegt im Ermessen von Herbert G. Die Witwe kann daher den Anteil von 5 % lediglich aufgrund des Gewinns verlangen, der sich aufgrund der Geschäftsbücher ergibt. Ihr steht nicht das Recht zu, einzelne Bilanzansätze zu beanstanden, insbesondere diesen Gewinnansatz zu beanspruchen, auf Rücklagen und Rückstellungen, deren Bildung Herr Herbert G. für erforderlich hält.

6. Auf die Frau G. ab 1. Januar 1944 zustehenden Bezüge werden ihr monatlich RM 500,-- als Vorauszahlung gewährt. Der Rest ist zahlbar bei der Fertigstellung der jeweils in Frage kommenden Jahresbilanz."

Zur Auszahlung des Kapitalguthabens (Ziff. 2) ist es bisher nicht gekommen. Jedoch hat die Firma G. von Ende Oktober 1943 bis Anfang September 1952 laufend Zahlungen an und für die Erben Walther G. geleistet.

Der Kläger hatte zunächst die Ansicht vertreten, daß ein Auseinandersetzungsvertrag zwischen ihm und Herbert G. nicht zustande gekommen sei. Nachdem er früher mit anderen Anträgen verhandelt und damit vor dem Landgericht auch obgesiegt hatte (vgl. dazu das Urt. des Senats in BGHZ 26, 25), hat er gegenüber der Berufung der Beklagten im zweiten Berufungsverfahren mit einem Zahlungsantrag in erster Linie den Abschichtungsanspruch per 22. Oktober 1943 weiter ver-

folgt und hilfsweise, gestützt auf die Anlage VIII, beantragt,

die Beklagten gesamtschuldnerisch zur Zahlung von 80.361,17 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1954 und zur Zahlung weiterer Zinsen für die Zeit bis zum 31. Dezember 1953 in Höhe von 5.979,68 DM zu verurteilen.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten. Sie sehen die Anlage VIII als wirksame Auseinandersetzungsvereinbarung an und sind der Ansicht, alles gezahlt zu haben was sie danach schuldig gewesen seien.

Dabei ist die Höhe der Zahlungen und die Berechtigung der sonstigen Lastschriften im Laufe des Rechtsstreits größtenteils unstreitig geworden. Die Parteien streiten jedoch auch darüber, wie nach der Anlage VIII richtig hätte abgerechnet werden müssen und wieviel bei richtiger Abrechnung zu zahlen gewesen wäre.

Das Berufungsgericht hat die Beklagten (unter teilweiser Zurückweisung ihrer Berufung) verurteilt, an den Kläger 65.171,47 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1954 sowie weitere 3.550,29 DM zu zahlen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

Die Beklagten beantragen mit ihrer Revision, die Klage in vollem Umfang abzuweisen; der Kläger mit seiner Anschlußrevision, seinem Hilfsantrag auch insoweit stattzugeben als das Berufungsgericht ihn abgewiesen hat. Im übrigen bitten die Parteien um Zurückweisung der gegnerischen Revision.

Entscheidungsgründe:

A. Das Berufungsgericht hat angenommen, Herbert G. und der Kläger hätten sich durch konkludente Handlung rechtswirksam geeinigt, die Auseinandersetzung nach der Anlage VIII vorzunehmen; eine solche Einigung sei auch hinsichtlich der laufenden Zahlung an die Witwe G. formlos möglich gewesen, weil die Beteiligten damit nur eine schon früher zwischen den Brüdern G. getroffene gesellschaftsvertragliche Regelung ausgestaltet hätten.

Die Parteien greifen diese Ausführungen, die keinen sachlich-rechtlichen Fehler erkennen lassen, nicht an.

In seinen weiteren Darlegungen hat das Berufungsgericht die Grundsätze für die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens der Erben und des Anspruchs von Frau G. auf Grund der Anlage VIII entwickelt und hat schließlich selbst die Berechnung durchgeführt. Dabei ist es zum Teil dem Gutachten des Sachverständigen gefolgt, den es zunächst mit der Berechnung beauftragt hatte.

Revision und Anschlußrevision greifen diese Darlegungen und Berechnungen des Berufungsgerichts an.

Dabei interessieren vorweg zwei Rügen, die sich gegen das Verfahren des Berufungsgerichts richten.

I. Die Revision behauptet, der Berichterstatter des Berufungsgerichts habe dem Sachverständigen in Abwesenheit der Parteien mündliche Weisungen erteilt, an

die sich der Sachverständige gehalten habe. Die Revision meint, daß das Gericht diese Weisungen den Parteien hätte mitteilen müssen. Darin, daß es dies unterlassen hat, erblickt die Revision eine Verletzung von § 286 ZPO und Art. 103 Abs. 1 GG.

Die Rüge ist unbegründet, auch wenn das Verfahren des Berufungsgerichts insoweit fehlerhaft gewesen sein sollte; denn es ist nicht ersichtlich und wird auch von der Revision nicht dargelegt, inwiefern das Berufungsurteil auf dem behaupteten Verfahrensverstoß beruhen könnte.

II. Beide Parteien hatten, als ihnen das Sachverständigengutachten vorlag, noch vor der nächsten mündlichen Verhandlung beantragt, den Sachverständigen zu laden, damit er sein Gutachten erläutere.

Das Berufungsgericht hat gemeint, sämtliche von den Parteien in diesem Zusammenhang erhobenen Beanstandungen selbst bescheiden zu können, und hat demgemäß den Sachverständigen nicht geladen.

Dieses Verfahren war, soweit sich die Beanstandungen nicht auf Rechtsfragen, sondern auf solche der Buchführung und Bilanzierung bezogen und das Berufungsgericht den Beanstandungen nicht abgeholfen hat, fehlerhaft: Beantragt eine Partei vor dem Ende der auf die schriftliche Begutachtung folgenden mündlichen Verhandlung, das Erscheinen des Sachverständigen vor Gericht anzuordnen, um an ihn Fragen zur Erläuterung des Gutachtens stellen zu können, so muß diesem Antrag stattgegeben werden (vgl. BGHZ 35, 370 ff m.w.Nachw., LM ZPO

§ 411 Nr. 3), sofern er nicht offensichtlich zum Zwecke der Prozeßverschleppung oder in anderer mißbräuchlicher Absicht gestellt worden ist (vgl. BGHZ 24, 14). Dabei braucht die Partei die Fragen, die sie an den Sachverständigen richten möchte, nicht im voraus einzeln zu formulieren. Vielmehr genügt es, wenn sie allgemein angibt, in welcher Richtung sie durch ihre Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht (vgl. BGHZ 24, 14). Mehr kann schon deshalb von der Partei nicht verlangt werden, weil häufig erst die Beantwortung einer Frage ergeben wird, welcher weiteren Fragen es bedarf.

Ob das Berufungsurteil auf diesem Verfahrensverstoß beruht, kann - soweit es sich um die Rüge der Revision handelt - nur bei der Erörterung der einzelnen hier in Betracht kommenden Streitpunkte entschieden werden.

Die entsprechende Rüge der Anschlußrevision ist hingegen schon deshalb unbegründet, weil die Anschlußrevision hätte darlegen müssen, aber nicht dargelegt hat, inwiefern das Berufungsurteil zu Lasten des Klägers auf dem gerügten Verfahrensverstoß beruhen könnte.

B. Das Auseinandersetzungsguthaben der Erben Walther Giebel.

I. Die Berechnung zum 31. Dezember 1943.

1. Das Berufungsgericht hat das Guthaben nach der von Herbert G. selbst aufgestellten Bilanz berechnet, hat dabei jedoch die Ergänzungen und Berich-

tigungen des Betriebsprüfungsberichts vom 14. November 1947 berücksichtigt.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, mindestens für das Jahr 1942 sei der Gewinn der beiden Brüder nicht nach einer gesonderten Handels-, sondern nach der vom Finanzamt anerkannten Steuerbilanz berechnet worden. Es bestehe kein Anhalt dafür, daß in den früheren Jahren anders verfahren worden sei. Deshalb müsse auch für 1943 der den Gesellschaftern zustehende Gewinn und damit das Auseinandersetzungsguthaben nach der endgültigen Steuerbilanz berechnet werden.

Diese Ausführungen stehen mit dem Wortlaut von Ziff. 3 der Anlage VIII, wonach "die bilanzmäßigen Werte maßgebend" sein sollten, durchaus im Einklang. Die entgegenstehende Ansicht der Revision beruht darauf, daß diese von einem falschen Text ausgeht, nämlich dem, den Herbert G. [REDACTED] zunächst vorgeschlagen hatte, der aber nicht Vertragsinhalt geworden ist.

Auch ist es entgegen der Ansicht der Revision nicht richtig, daß sich der Kläger mit Herbert G. [REDACTED] in der Anlage VIII auf die von diesem aufgestellte Bilanz abschließend geeinigt habe; denn von einer bestimmten, bereits vorliegenden Bilanz ist darin nicht die Rede. Außerdem ist die Anlage VIII schon im April und Mai 1944 in einem Briefwechsel zwischen Herbert G. [REDACTED] und dem Kläger formuliert, die Bilanz dagegen erst im Juni 1944 aufgestellt worden.

Ferner läßt sich nichts zugunsten der Beklagten daraus herleiten, daß der Kläger es unterlassen hat, sich die Berufung auf etwaige Bilanzberichtigungen vorzubehalten; denn zu einem solchen Vorbehalt war er nicht verpflichtet, sondern konnte das Ergebnis der finanzamtlichen Betriebsprüfung abwarten, weil erst dieses für die Auseinandersetzungsbilanz maßgeblich war.

Zu Unrecht meint die Revision, daß Herbert G. im Verhältnis zu den Erben seines Bruders wenigstens mit Rücksicht auf Ziff. 5 der Anlage VIII berechtigt gewesen sei, in der Bilanz zum 31. Dezember 1943 stille Reserven zu bilden. Die Ziff. 5 gilt ihrem Wortlaut und ihrer Stellung nach nur für den Anspruch von Frau G. auf Gewinnbeteiligung in den Jahren 1944 bis 1955. Daraus hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler gefolgert, daß die Bestimmung auf die Bilanz zum 31. Dezember 1943, die der Berechnung eines ganz anderen Anspruchs dienen sollte, unanwendbar sei.

Eine in diesem Zusammenhang noch erhobene Rüge aus § 139 ZPO ist ebenfalls unbegründet, weil es nicht Aufgabe des Berufungsgerichts war, die Beklagten zu einem weiteren Vortrag in diesem Punkt aufzufordern.

Einige weitere Revisionsrügen sind gegenstandslos, weil sie an dem zwischen den Parteien unstreitigen Sachverhalt vorbeigehen, wie er sich aus Ziff. 40, 41 und 43 des Betriebsprüfungsberichts (Ansatz einer zu hohen Warenschuld und Bildung einer steuerlich nicht vertretbaren Rücklage) ergibt.

Schließlich kann sich die Revision nicht darauf berufen, daß die Bilanzen der Folgejahre an die von Herbert G. selbst aufgestellte Bilanz anknüpfen und nach Änderung dieser Bilanz keine Bilanzkontinuität mehr bestehen würde; denn diesem Umstand hat das Berufungsgericht aus zutreffenden Erwägungen auf andere Weise, nämlich durch Anpassung auch der nachfolgenden Bilanzen, Rechnung getragen.

Entgegen der Ansicht der Revision bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß, den Sachverständigen darüber zu hören, inwiefern sich Handels- und Steuerbilanz von einander unterscheiden. Das Berufungsgericht ist ersichtlich davon ausgegangen, daß bei getrennten Bilanzen solche Unterschiede bestehen. Es hat sie im vorliegenden Falle nur deshalb verneint, weil es die Steuerbilanz des Jahres 1943 zugleich als die für die Auseinandersetzung maßgebliche Handelsbilanz angesehen hat. Das aber ist, wie bereits dargelegt, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. Das Berufungsgericht war entgegen der Ansicht der Revision nicht genötigt, Beweis über die Behauptung der Beklagten zu erheben, der Gewinn für 1943 sei infolge einer Falschbuchung um 128.444,02 RM zu hoch ausgewiesen worden.

Der Revision mag zuzugeben sein, daß sich aus den von den Beklagten überreichten Unterlagen nicht ergibt, durch welchen Vorgang der Bestand auf dem Waren-

einkaufskonto 1943 zum 31. Dezember auf 302.742 RM, also um 128.444,02 RM erhöht worden ist.

Das geht jedoch nicht zu Lasten des Klägers. Wollte er die Beklagten an einer Buchung festhalten, die offensichtlich zu einem der wahren Sachlage nicht entsprechenden Gewinnausweis geführt hätte, so würde er zwar unter den hier gegebenen Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen. Doch läßt sich nicht mit Sicherheit feststellen, daß der Gewinnausweis für 1943 falsch gewesen ist. Selbst wenn den in Betracht kommenden Buchungen weder ein Wareneingang noch ein gewinnbringender Verkauf zugrunde gelegen haben sollte, so müßte damit gerechnet werden, daß Herbert G. durch diese Buchungen stille Reserven aufgelöst hat, die er früher durch Unterbewertung von Waren gebildet hatte, und an denen er die Erben seines Bruders bei der Auseinandersetzung teilnehmen lassen wollte. Bei dieser Sachlage kann - auch unter Berücksichtigung der Beweisanträge der Beklagten - nicht mehr mit der gebotenen Sicherheit festgestellt werden, daß es sich bei der beanstandeten Buchung um eine willkürliche Buchung handelt, die zu einem für die Auseinandersetzung offensichtlich unrichtigen Gewinnausweis im Jahre 1943 geführt hat. Deshalb müssen sich die Beklagten an dieser Buchung, die auf Herbert G. zurückgeht und die er - aus welchen Gründen auch immer - für die Auseinandersetzung zugrunde legen wollte, auch festhalten lassen.

3. Das Berufungsgericht hat die Erben an dem vom Finanzamt für 1943 festgestellten Gewinn zu 50 % beteiligt. Es ist damit ebenso verfahren, wie das Finanzamt bei der Nachveranlagung zur Einkommen- und Kirchensteuer im Jahre 1948. Dabei hat das Berufungsgericht nicht verkannt, daß Walther G. [REDACTED] nach dem Gesellschaftsvertrag weniger zu beanspruchen und nach der Behauptung der Beklagten bis 1940 auch wirklich weniger bekommen hatte. Es hat aber festgestellt, Herbert G. [REDACTED] habe ausweislich der von ihm persönlich aufgestellten Bilanz per 31. Dezember 1943 die Erben seines Bruders zur Hälfte am Gewinn beteiligen wollen, und der Kläger habe dieses Angebot angenommen. Das konnte später nicht einseitig wieder geändert werden.

Die Revision kann nicht geltend machen, Grundlage der Gewinnverteilung im Verhältnis 50 : 50 sei der Gewinnausweis durch Herbert G. [REDACTED] selbst mit 139.988,02 RM gewesen, während der Betriebsprüfungsbericht diesen Gewinnausweis auf 183.833,45 RM erhöht habe; denn die Einigung der Vertragspartner, den Gewinn im Verhältnis 50 : 50 zu verteilen, hat nach der Feststellung des Berufungsgerichts bis August 1951, also noch über die Steuernachveranlagung von 1948 hinaus bestanden.

4. Danach hat das Berufungsgericht das Auseinandersetzungsguthaben zum 31. Dezember 1943 mit 103.524,67 RM richtig berechnet.

II. Die Lastschriften der folgenden Jahre:

Das Berufungsgericht hat von dem Ausein-
setzungsguthaben die "Entnahmen" der Erben in den Jah-
ren 1944 bis 1952 abgezogen. Insoweit streiten die
Parteien heute nur noch über folgende Posten:

1. Das Berufungsgericht hat einen Betrag von
400,-- RM, mit dem der Sachverständige den Kläger für
das Jahr 1944 belastet hatte, gestrichen, weil sich
eine solche Entnahme aus der Aufstellung der Beklag-
ten nicht ergebe. Das beanstandet die Revision. Sie
meint, das Berufungsgericht hätte den Sachverständigen
fragen müssen, ehe es die Aufstellung des Sachverstän-
digen änderte. Das ist jedoch nicht richtig. Das Be-
rufungsgericht war insoweit an den Parteivortrag ge-
bunden und konnte daher als Entnahme keine Beträge
berücksichtigen, die sich nicht in der Aufstellung
der Beklagten befanden.

2. Die Firma G [REDACTED] hat nach den Feststellungen
des Sachverständigen als Gewerbesteuer 1943 im Jahre
1944 17.962,81 RM und nach der Währungsumstellung
276,72 DM gezahlt.

Das Berufungsgericht ist diesen Feststellungen
gefolgt und hat das Auseinandersetzungskonto im Jahre
1944 und nach der Währungsumstellung mit der Hälfte
der Beträge belastet.

Dagegen wenden sich beide Parteien.

a) Das Berufungsgericht meint, es sei entgegen der Ansicht der Beklagten nicht möglich, schon den Gewinn der Erben für das Jahr 1943 um die Hälfte der Gewerbesteuer zu mindern. Da Herbert G. keine entsprechende Rückstellung vorgenommen habe, könnten die Erben erst in denjenigen Zeiträumen belastet werden, in denen die Steuer tatsächlich bezahlt worden sei.

Die Revision macht geltend, das Verfahren des Berufungsgerichts entspreche nicht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung.

Darauf kommt es indes nicht an. Der den Erben zustehende Gewinn für das Jahr 1943 mußte nach der vom Finanzamt anerkannten Bilanz berechnet werden, in der keine Gewerbesteuerrückstellung enthalten ist. Für die Jahre 1944 bis 1948 aber sind die Beklagten als Rechtsnachfolger von Herbert G. daran gebunden, daß er selbst in Höhe der 1948 veranlagten Gewerbesteuer keine Rücklagen gebildet hatte. Die Beklagten können insoweit nicht einwenden, daß das Berufungsgericht die Bilanzen so, wie Herbert G. sie aufgestellt hatte, nicht habe gelten lassen. Der Umstand, daß das Berufungsgericht gewisse Bilanzansätze ändern mußte, um die Bilanzkontinuität herzustellen, berechtigt die Beklagten nicht, daraufhin neue Rücklagen zu bilden; denn dieses Recht läßt sich aus Ziff. 5 der Anlage VIII nicht herleiten.

b) Zum Nachteil des Klägers hat das Berufungsgericht ausgeführt, es sei unerheblich, daß die Firma

G [REDACTED] selbst das Auseinandersetzungskonto nicht mit Gewerbesteuerzahlungen belastet habe; denn würde das nicht wenigstens jetzt geschehen, so würde unter Verletzung der Grundsätze für die Erstellung von Handelsbilanzen der Gewinn des Firmeninhabers endgültig verfälscht.

Diese Begründung, die von der Anschlußrevision angegriffen wird, reicht für sich allein nicht aus, die Entscheidung des Berufungsgerichts zu rechtfertigen; denn so, wie Herbert G [REDACTED] mit den Erben seines Bruders eine von dem Gesellschaftsvertrag abweichende Gewinnverteilung vereinbaren konnte, war er auch berechtigt, eine auf das Kalenderjahr 1943 entfallende Gewerbesteuerschuld, die zum 31. Dezember 1943 nicht passiviert worden war, im Rahmen der Auseinandersetzung allein zu übernehmen.

Das Ergebnis des Rechtsstreits hängt insoweit von einer ergänzenden Vertragsauslegung ab. Der Wortlaut der Anlage VIII läßt nämlich für sich allein nicht erkennen, daß Herbert G [REDACTED] berechtigt sein sollte, den Erben seines Bruders nachträgliche Zahlungen anzulasten, für die in der Bilanz zum 31. Dezember 1943 keine Rückstellung gebildet worden war; er zwingt aber ebensowenig zu der gegenteiligen Annahme.

Dabei ist zugunsten des Klägers zunächst hervorzuheben, daß Herbert G [REDACTED] selbst das Auseinandersetzungskonto nicht mit Gewerbesteuerzahlungen belastet hat. Anhaltspunkte dafür, daß dies nur infolge eines

Verehens unterblieben sei, bestehen bisher nicht.

Des weiteren könnte - worauf bereits der Kläger in der Berufungsinstanz hingewiesen hatte - von Bedeutung sein, wie sich die Gewerbesteuerabschlußzahlung 1943 zu dem im Kalenderjahr 1937 entrichteten Teil der Gewerbesteuerzahlung für das Wirtschaftsjahr 1936 verhielt. Mit diesem Teil ist möglicherweise auch der Gewinn von Walther G. [REDACTED] im Jahre 1937 belastet worden, obwohl Walther G. [REDACTED] im Wirtschaftsjahr 1936 noch nicht Gesellschafter war. Sollte das der Fall gewesen sein, so könnten Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, nunmehr zum Ausgleich dafür mit der Abschlußzahlung 1943 allein Herbert G. [REDACTED] zu belasten.

Da der Senat auf Grund der bisherigen Feststellungen den Vertrag nicht ergänzend auslegen kann, muß auf die Anschlußrevision das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden, soweit das Berufungsgericht das Auseinandersetzungsguthaben im Jahre 1944 mit 8.981,40 RM und nach der Währungsumstellung mit 138,36 DM belastet hat.

Damit erübrigt sich ein Eingehen auf die weitere Rüge der Anschlußrevision, das Berufungsgericht hätte den Kläger in jedem Fall nur mit der im Jahre 1944 für 1943 erfolgten Gewerbesteuerabschlußzahlung, nicht dagegen mit den schon im Jahre 1943 geleisteten Vorauszahlungen belasten dürfen. Das Berufungsgericht wird

nämlich, wenn es nicht schon dem Verhalten von Herbert G. zugunsten des Klägers ausschlaggebende Bedeutung beimessen sollte, ohnehin prüfen müssen, in welchem Umfang die Gewerbesteuerzahlung für die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1945 (vgl. § 14 Abs. 2 und § 18 des Gewerbesteuergesetzes vom 1. Dezember 1936, RGBl I, S. 979) und die am 10. Mai, 10. August und 10. November 1945 fällig gewesenen Vorauszahlungen für die restlichen 9 Monate dieses Kalenderjahrs (vgl. dazu §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 1 und 14 Abs. 1 der VO über die Erhebung der Gewerbesteuer in vereinfachter Form vom 31. März 1943 RGBl I, S. 257) tatsächlich erst im Jahre 1944 gezahlt worden sind.

3. Das Berufungsgericht hält für möglich, daß Herbert G. aus Geldmitteln, die zu diesem Zweck über sein Kapitalkonto als Privatentnahme von Firmenvermögen abgebucht worden waren, nach Maßgabe des Betriebsprüfungsberichts vom 14. November 1947 für 1943 Einkommensteuern gezahlt hat und daß diese Zahlungen, weil der Gewinn später abweichend im Verhältnis 50 : 50 verteilt worden ist, den Erben seines Bruders zugute gekommen sind.

Das Berufungsgericht ist aber der Meinung, daß ein sich daraus etwa ergebender Ausgleichsanspruch nicht den Beklagten, sondern Herbert G. persönlich zugestanden haben würde.

Dem ist beizutreten.

Die Beklagten können auf das Auseinandersetzungs-guthaben nur solche Forderungen verrechnen, die zum Fir-

menvermögen gehören; denn nur insoweit sind sie mit der Errichtung der Beklagten zu 1) Rechtsnachfolger von Herbert G. geworden. Sollte dieser aber aus Privatmitteln Steuerschulden der Erben beglichen haben, so würde sein Erstattungsanspruch nicht zum Firmenvermögen gehören.

Wohl wäre Herbert G. berechtigt gewesen, mit einer solchen Forderung selbst aufzurechnen oder sie als Einlage über sein Kapitalkonto in das Geschäft einzubringen und alsdann das Auseinandersetzungskonto damit zu belasten. Die Beklagten behaupten jedoch nicht, daß er von diesem Recht Gebrauch gemacht habe. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob er, wie die Revision meint, berechtigt gewesen wäre, einen etwaigen Erstattungsanspruch nach der Währungsumstellung als Auseinandersetzungsforderung im Verhältnis 1 : 1 umzustellen.

4. Die Erben sind unter dem 7. Juli 1948 für das Jahr 1943 zur Einkommen- und Kirchensteuer nachveranlagt worden. Die Firma G. hat diese Steuerschuld Ende Juli 1948 für die Erben beglichen.

Das Berufungsgericht hat von dem Auseinandersetzungsguthaben nur die tatsächlich gezahlten DM-Beträge abgezogen.

Die Beklagten halten sich dagegen für berechtigt, das Konto mit den ursprünglich von den Erben geschuldeten RM-Beträgen im Nennwert zu belasten; denn es könne den Erben - meinen sie - nicht zum Vorteil gereichen,

daß diese nicht schon in der Reichsmarkzeit aus ihrem Guthaben genügend große Steuervorauszahlungen geleistet hätten und daß das Finanzamt die Nachveranlagung über den Währungsstichtag hinaus verzögert habe.

Für die vermeintlichen Billigkeitserwägungen, auf die die Revision sich damit beruft, ist jedoch kein Raum.

5. a) Im Jahre 1947 hat Herbert G. [REDACTED] aus Mitteln, die über sein Kapitalkonto als Privatentnahme abgebucht worden waren, eine Gewinnabführungsschuld für das Geschäftsjahr 1943 beglichen, die im Unternehmen der damaligen offenen Handelsgesellschaft G. [REDACTED] entstanden war.

Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, mit der Hälfte des gezahlten Betrages das Auseinandersetzungskonto zu belasten, und hat ausgeführt, die Beklagten müssten auch hier, wie bei der etwaigen Zuvielzahlung an Einkommensteuern (oben Ziff. 3), gegen sich gelten lassen, daß Herbert G. [REDACTED] die Schuld nicht aus Firmen-, sondern aus Privatmitteln getilgt habe.

Soweit die Revision demgegenüber die gleichen Einwendungen erhebt wie oben Ziff. 3, kann auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. Dabei ist unerheblich, ob die Zahlung nur deshalb als Privatentnahme verbucht worden ist, weil im Buchführungswerk der Firma G. [REDACTED] im Jahre 1947 kein entsprechendes Sachkonto mehr vorhanden war; denn auch dieser Umstand

Ändert nichts daran, daß die Beklagten sich auf den Erstattungsanspruch gegen die Erben nur berufen könnten, wenn Herbert G. [REDACTED] ihn über sein Kapitalkonto in das Firmenvermögen eingebracht oder unmittelbar damit aufgerechnet hätte.

Damit erledigt sich zugleich der Hinweis der Revision, die Gewinnabführung sei eine Firmenschuld gewesen. Zu Unrecht macht die Revision geltend, als Firmenschuld hätte der Betrag unabhängig davon, wer ihn im Jahre 1947 gezahlt habe, schon 1943 gewinnmindernd berücksichtigt werden müssen. Wie oben Ziff. I ausgeführt, mußte nämlich für 1943 der den Erben zustehende Gewinn nach der vom Finanzamt anerkannten Bilanz berechnet werden.

b) Ein weiterer Gewinnabführungsbetrag für das Jahr 1943 ist erst nach der Währungsumstellung in DM gezahlt worden. Das Berufungsgericht hat das Auseinandersetzungskonto, wogegen der Kläger sich nicht wehrt, mit diesem DM-Betrag anteilig belastet.

Die Revision meint, von dem Auseinandersetzungsguthaben hätte in Wirklichkeit der zehnfache Betrag abgezogen werden müssen.

Auch dem kann nicht gefolgt werden, wie schon die Ausführungen oben Ziff. 4 zu den erst nach der Währungsumstellung gezahlten Einkommensteuern ergeben.

6. Die Beklagten können das Auseinandersetzungskonto nicht mit einem Teil der Soforthilfeabgabe belasten, die Herbert G. [REDACTED] auf sein Firmen- und sein sonstiges

Vermögen hat zahlen müssen. Er hatte diese Zahlung nicht als Firmeninhaber, sondern persönlich zu leisten, auch wenn sie - was dann nur im Wege der Privatentnahme hätte geschehen können - aus Firmenmitteln erfolgt sein sollte. Von dem Abwälzungsrecht nach § 23 des Soforthilfegesetzes können die Beklagten schon deshalb keinen Gebrauch mehr machen, weil das Soforthilfegesetz nach § 373 Nr. 1 LAG mit dem Inkrafttreten des Lastenausgleichsgesetzes außer Kraft getreten ist.

III. Die Verzinsung.

1. Das Berufungsgericht hat dem Kläger gemäß Ziff. 2 der Anlage VIII für das jeweilige Kapitalguthaben 4 % Zinsen zugesprochen. Es hat ausgeführt, die am 23. September 1955 getroffene Vereinbarung, das Guthaben mit 5 % zu verzinsen, habe sich, anders als die übrigen damaligen Abmachungen, nur auf den mit dem Hauptantrag geltend gemachten Abschichtungsanspruch nach §§ 738 ff BGB bezogen.

Diese Auslegung wird von der Anschlußrevision zu Unrecht angegriffen.

Das Berufungsgericht brauchte die Frage, ob die am 23. September 1955 getroffene Vereinbarung auch für die mehrere Jahre später erfolgte Berechnung des Guthabens nach der Anlage VIII verbindlich sei, nicht einheitlich zu beantworten. Es durfte vielmehr auch berücksichtigen, daß einige der Abmachungen ihrer Natur

nach für beide Berechnungsarten gelten konnten, daß aber die Zinshöhe für die Anlage VIII in Ziff. 2 eindeutig geregelt war und daß sie insoweit nie einen Streitpunkt gebildet hatte.

Entgegen der Ansicht der Anschlußrevision hatten die Beklagten keinen Anlaß, sich die Berufung auf Ziff. 2 der Anlage VIII am 23. September 1955 ausdrücklich vorzubehalten. Die Weisungen an den Sachverständigen, mit denen die Parteien sich damals einverstanden erklärten, dienten lediglich der Berechnung des gesetzlichen Abschichtungsanspruchs. Der Kläger hatte bis dahin seine Forderung noch nicht auf die Anlage VIII gestützt.

2. Die Revision ist der Meinung, das Berufungsgericht habe für die Zeit nach der Währungsumstellung die Zinsen falsch berechnet; es habe berücksichtigen müssen, daß das Auseinandersetzungsguthaben der Vermögensabgabe unterliege.

Die Rüge ist unbegründet, weil die Beklagten nicht behaupten, auf das Guthaben eine Vermögensabgabe gezahlt zu haben.

IV. Die Umstellung.

Das Berufungsgericht hat das Guthaben zum 20. Juni 1948 als eine Verbindlichkeit aus der Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern angesehen und es demgemäß im Verhältnis 1 : 1 umgestellt (§ 18 Abs. 1 Nr. 3 UmstG).

Auch das ist nicht zu beanstanden.

1. Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, daß die Erben z. Zt. der Währungsumstellung (atypische) stille Gesellschafter von Herbert G. [REDACTED] gewesen seien. Für eine solche Annahme fehlt es an jeglichem Anhaltspunkt.

2. Die der Witwe G. [REDACTED] am 20. Juni 1948 geschuldeten Gewinnrückstände sind gleichfalls im Verhältnis 1 : 1 umgestellt; denn auch insoweit war die Schuld der Firma G. [REDACTED] eine Verbindlichkeit aus der Auseinandersetzung zwischen Gesellschaftern. Das ergibt sich aus der Feststellung des Berufungsgerichts, Herbert G. [REDACTED] und der Kläger hätten mit der Vereinbarung einer laufenden Zahlung an die Witwe G. [REDACTED] nur eine schon früher getroffene gesellschaftsvertragliche Regelung ausgestaltet und hätten bewußt auch diesen Anspruch der Verwaltung durch den Kläger als Testamentsvollstrecker unterstellt. Demgemäß haben auch die Parteien die Gewinnrückstände stets nur als unselbständigen Teil der Hauptforderung behandelt.

3. Für die Zinsrückstände haben die Parteien am 23. September 1955 dem Sachverständigen ausdrücklich die Weisung erteilt, sie im Verhältnis 1 : 1 umzustellen. Daran sind die Beklagten gebunden.

C. Die Gewinnbeteiligung der Witwe Walther G. [REDACTED].

Grundlage für die Berechnung dieses Anspruchs sind - darin stimmen die Parteien mit dem Berufungs-

gericht überein - die Jahresbilanzen der Firma G [REDACTED].

Die Parteien streiten aber über die Grundsätze, nach denen diese Bilanzen aufzustellen waren, und über einzelne Bilanzansätze.

I. Die Grundsätze.

1. Zu Ziff. 5 der Anlage VIII hat das Berufungsgericht ausgeführt, Herbert G [REDACTED] habe sich darin zwar für die Aufstellung der Bilanzen eine gewisse Ermessensfreiheit vorbehalten. Die Bilanzen für die Zeit vom 1. Januar 1944 bis 20. Juni 1948 mußten aber an die berichtigte Bilanz zum 31. Dezember 1943 und die späteren Bilanzen mußten an die vom Finanzamt anerkannte DM-Eröffnungsbilanz anknüpfen. Sie dürften also - abgesehen von der RM-Schlußbilanz und der DM-Eröffnungsbilanz - nicht gegen den Grundsatz der Bilanzkontinuität verstoßen. Außerdem dürften sie keine willkürlichen Buchungen oder Bewertungen zur Grundlage haben.

Wie die weiteren Darlegungen zeigen werden, kommt es nicht darauf an, in welchem Umfang die Firma G [REDACTED] durch Unterbewertung der Aktiven oder Überbewertung der Passiven stille Reserven bilden und ob sie dabei auch "völlig willkürlich" verfahren dürfte. Daher sind die Angriffe, die die Revision insoweit erhebt, gegenstandslos.

Die Auslegung aber, daß die Bilanzen nicht gegen den Grundsatz der Bilanzkontinuität verstoßen

dürften, ist entgegen der Ansicht der Revision mit §§ 133, 157 BGB vereinbar und läßt auch sonst einen sachlich-rechtlichen Fehler nicht erkennen, zumal das Berufungsgericht auch andere Möglichkeiten der Auslegung ausdrücklich erwogen hat.

Soweit die Revision für den 1. Zeitabschnitt geltend macht, zwischen einer Steuer- und einer Handelsbilanz könne keine Kontinuität bestehen, übersieht sie, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Steuerbilanz des Betriebsprüfers per 31. Dezember 1943 für die hier Beteiligten zugleich auch die maßgebliche Handelsbilanz gewesen ist. Daran scheitert die auch in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Revision, daß das Berufungsgericht über das Verhältnis von Handels- und Steuerbilanz den Sachverständigen mündlich hätte hören müssen.

Der Behauptung, das Buchführungswerk der Firma Giebel habe die Aufstellung zusammenhängender Bilanzen überhaupt nicht ermöglicht, brauchte das Berufungsgericht nicht nachzugehen. Soweit die Buchungen richtig und vollständig waren, könnte diese Behauptung nicht zutreffen. Soweit aber die Buchungen unrichtig oder unvollständig waren, mußten sich die Beklagten für die Abrechnung mit dem Kläger die Berichtigung oder Ergänzung gefallen lassen.

2. Das Berufungsgericht hat in denjenigen Jahren, in denen seiner Ansicht nach Gewinne ausgewiesen werden mußten, diese in vollem Umfang den Kapitalkonten der Firmeninhaber zugeschrieben und hat jeweils erst danach das Auseinandersetzungsguthaben zum 1. Januar des

folgenden Jahres um 5 % dieses Gewinns erhöht, ohne die Kapitalkonten entsprechend zu belasten.

Das war buchungstechnisch falsch. Das Berufungsgericht hätte vielmehr den Kapitalkonten, soweit die Jahresgewinne 120.000,-- Mark nicht überstiegen, nur 95 % des Gewinns zuschreiben dürfen und hätte den Rest sogleich auf dem Auseinandersetzungskonto verbuchen müssen.

Dieser Fehler hat - worauf Revision und Anschlußrevision zutreffend hinweisen - dazu geführt, daß in jedem Jahr, welches einem Gewinnjahr folgte, das Anfangskapital zu hoch und demgemäß die Differenz zwischen Anfangs- und Endkapital als Gewinn oder Verlust unrichtig ausgewiesen wurde.

Mit Recht rügt die Anschlußrevision, daß aus diesem Grunde der Gewinnanteil der Witwe G [REDACTED] für die Zeit vom 1. Januar bis 20. Juni 1948 (vgl. unten Ziff. II 3 b) zu gering berechnet worden ist, und zwar möglicherweise um 239,01 RM.

Dagegen sind die Beklagten durch den Fehler des Berufungsgerichts nicht beschwert; denn wie die von der Revision selbst aufgemachte Rechnung zeigt, würde der Gewinnanteil der Witwe G [REDACTED] für 1947 und für die Zeit vom 1. Januar bis 20. Juni 1948 bei richtigem Vorgehen des Berufungsgerichts nicht niedriger sondern höher ausgewiesen worden sein.

II. Die Beanstandung einzelner Bilanzansätze.

1. Das Berufungsgericht hat auf Grund unverbuchter Vorfälle, die der Betriebsprüfer festgestellt hatte, in der Bilanz zum 31. Dezember 1945 einige Ansätze geändert.

Diese Änderung ist für den Gewinnanteil der Witwe G [REDACTED] ohne Bedeutung, da das Jahr 1945 nach der Feststellung des Berufungsgerichts mit einem Verlust abschloß. Die entsprechenden Revisionsrügen können daher auf sich beruhen.

2. Im Schriftsatz vom 12. Februar 1962 hatten sich die Beklagten gegen die Sachverständigenbilanz 1947 gewandt und gebeten, ein Ergänzungsgutachten einzuholen oder das Erscheinen des Sachverständigen vor Gericht anzuordnen. Sie hatten ausgeführt, bei gleichen Bilanzsummen und fast gleichen Kapitalkonten weise ihre Firmenbilanz 1947 nur einen Gewinn von 27.658,74 RM, die des Sachverständigen dagegen einen solchen von 91.355,71 RM aus; dieser Unterschied müsse auf fehlerhaften Ansätzen oder darauf beruhen, daß der Sachverständige den Gewinn nicht aus der Gewinn- und Verlustrechnung, sondern über die Kapitalkonten ermittelt habe, und daß sich dabei die Wertberichtigungen des Betriebsprüfers für 1943 im Jahre 1947 zu Unrecht noch einmal gewinnerhöhend ausgewirkt hätten.

Das Berufungsgericht hat einen noch höheren Gewinn (95.604,16 RM) angenommen als der Sachverständige. Es hat ausgeführt, der Vortrag der Beklagten sei völlig unsubstantiiert und basiere auf reinen Vermutungen. Da die Bilanz - wenn man die aus anderen Gründen notwendi-

gen Abänderungen nicht berücksichtige - rechnerisch richtig sei, seien die Beanstandungen der Beklagten nicht verständlich. Die Beklagten hätten schon darlegen müssen, worin die von ihnen nur vermuteten fehlerhaften Ansätze des Sachverständigen bestünden; denn jeder einzelne Posten seiner Bilanz könne an Hand der Firmenbilanz und der sonstigen Urkunden überprüft werden.

Wie sich aus den Darlegungen oben A II ergibt, ist diese Begründung fehlerhaft. Das wird von der Revision mit Recht gerügt.

Auf diesem Fehler kann das angefochtene Urteil, soweit es dem Kläger zugunsten der Witwe G. für 1947 mehr als 5 % von 27.658,74 RM zugesprochen hat, auch beruhen. Die Revisionsbeantwortung meint zwar, daß die Wertansätze und Berechnungen des Sachverständigen richtig seien. Aber auch ihre sehr eingehenden Darlegungen können den Beklagten nicht das Recht nehmen, ihre Bedenken mit dem Sachverständigen selbst zu erörtern, dem das Berufungsgericht sich ohne eigene Würdigung angeschlossen hat. Es kann auch nicht annähernd gesagt werden, wie der Sachverständige die von den Beklagten beabsichtigten Fragen beantworten werde und welche weiteren Fragen sich daraus ergeben könnten.

Insoweit ist deshalb das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. Für die Zeit vom 1. Januar bis 20. Juni 1948

hat das Berufungsgericht einen Gewinn der Firma G [REDACTED] von 83.238,90 RM festgestellt.

a) Die Revision hält dieses Ergebnis aus mehreren Gründen für falsch.

Ihre Rügen greifen jedoch nicht durch.

aa) Am 20. Juni 1948 hatte die Firma G [REDACTED] in ihre Wareninventur einen Posten von etwa 300 kg Vitaminkonzentrat aufgenommen. Sie hat diesen Posten in der RM-Schlußbilanz mit 9.050 RM und in der DM-Eröffnungsbilanz mit 123.150 DM bewertet.

Aus dem Wertunterschied hat das Berufungsgericht gefolgert, daß der Ansatz in der RM-Schlußbilanz willkürlich gewesen und daher unbeachtlich sei. Es hat demgemäß den Warenbestand in der RM-Schlußbilanz um den Differenzbetrag von 114.100 RM erhöht. Den gleichen Betrag hat es andererseits aber auch dem Kapitalkonto von Herbert G [REDACTED] zugeschrieben, weil das Vitaminkonzentrat als Wareneinlage des Firmeninhabers anzusehen sei.

Dieses Verfahren hat zu keinem falschen Gewinnausweis geführt. Der vom Berufungsgericht errechnete Gewinn würde nämlich auch dann 83.238,90 RM betragen haben, wenn das Berufungsgericht, statt beide Bilanzseiten um gleich hohe Buchungen auf dem Kapital- und dem Warenbestandskonto zu berichtigen, die Bilanzansätze unverändert gelassen hätte.

Die von der Revision angegriffene Ansicht des Berufungsgerichts, der Wertansatz in der RM-Schlußbi-

lanz mit nur 9.050 RM sei unbeachtlich, kann deshalb auf sich beruhen.

bb) Die Beklagten hatten behauptet, in dem Warenbestand, den die Firma G. in ihrer RM-Schlußbilanz ausgewiesen hat, sei ein Posten Rhenoplast im Wert von 158.445,10 RM enthalten gewesen. Herbert G. habe diesen seiner Frau gehörigen Warenposten aus steuerlichen Gründen zum 20. Juni 1948 in das Firmenvermögen eingebracht.

Das Berufungsgericht brauchte dieser bestrittenen Behauptung entgegen der Ansicht der Revision nicht nachzugehen; denn die Beklagten hatten keinen Beweis dafür angetreten und waren in ihrem zusammenfassenden alle vermeintlichen Fehler des Sachverständigen behandelnden Schriftsatz vom 12. Februar 1962 nicht auf ihr Vorbringen zurückgekommen, obwohl der Sachverständige es unerwähnt gelassen hatte.

cc) Die Bilanzen der Firma G., die die Beklagten als Anlagen XXVII und XXVIII zu den Akten gereicht haben und die dadurch auch dem Kläger zugänglich geworden sind, enthalten unter den Aktiven bis zur RM-Schlußbilanz Kriegssachschädenforderungen und eine Forderung an die H.-Kreditversicherung von insgesamt 99.534,37 RM.

Die Beklagten behaupten, Herbert G. habe diese Forderung bis zum 20. Juni 1948 nur deshalb in voller Höhe ausgewiesen, weil er durch die damalige Steuergesetzgebung - gemeint ist Art. VIII

des Kontrollratsgesetzes Nr. 12 - an Abschreibungen gehindert worden sei. In Wirklichkeit seien die Forderungen schon vor der Währungsumstellung wertlos gewesen. Die Beklagten halten sich darum der Witwe Giebel gegenüber für berechtigt, diese Forderungen schon in der RM-Schlußbilanz bis auf einen Erinnerungsposten abzuschreiben, wie es in der DM-Eröffnungsbilanz geschehen ist.

Das Berufungsgericht ist dem nicht gefolgt, sondern von den Wertansätzen der oben erwähnten RM-Schlußbilanz ausgegangen, weil die Beklagten sie als die maßgebliche Bilanz überreicht hätten und der Kläger sie insoweit anerkannt habe.

Der Revision ist zuzugeben, daß Herbert G. gemäß Ziff. 5 der Anlage VIII berechtigt gewesen wäre, von den Steuerbilanzen abweichende Handelsbilanzen aufzustellen und in ihnen die Forderungen früher abzuschreiben, als es steuerlich gestattet war. Art. VIII des KRG Nr. 12 hätte dem nicht entgegengestanden, weil das nur im Verhältnis zu Frau G. von Bedeutung gewesen wäre.

Herbert G. hat aber von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht, und die Beklagten selbst können das heute schon deshalb nicht mehr tun, weil sie im Rechtsstreit ihre RM-Schlußbilanz als einheitliche Steuer- und Handelsbilanz vorgelegt haben und der Kläger sie gebilligt hat. Das Recht des Klägers, sich auf eine ihm einmal vorgelegte Bilanz zu berufen, folgt aus Ziff. 6 der Anlage VIII. Danach war die

Abschlußzahlung "bei der Fertigstellung der jeweils infragekommenden Jahresbilanz" zu entrichten. Mit dieser Bestimmung wäre es unvereinbar, wenn die Beklagten eine dem Kläger vorgelegte und von ihm gebilligte Bilanz gegen seinen Willen wieder ändern könnten.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich zugleich, daß die Beklagten auch nicht geltend machen können, Herbert G. [REDACTED] habe zunächst eine andere als die hier in Rede stehende, mit Schriftsatz vom 14. Juni 1958 Blatt 555 überreichte einheitliche RM-Schlußbilanz aufgestellt und habe darin die Forderungen von 99.534,37 auf 22.992 RM abgeschrieben. Die Beklagten haben nämlich diese andere Bilanz erst als Anlage V mit Schriftsatz vom 29. September 1958 Blatt 566 überreicht und haben nicht behauptet, daß sie dem Kläger außergerichtlich schon früher, insbesondere vor der Aufstellung der endgültigen RM-Schlußbilanz, vorgelegt worden sei.

Zu aa) bis cc) rügt die Revision noch, die Firma G. [REDACTED] habe nur buchmäßig einen Gewinn ausgewiesen, der nicht habe realisiert werden können.

Darauf kommt es jedoch nicht an, weil die Beklagten es unterlassen haben, für die Abrechnung mit der Witwe G. [REDACTED] eine gesonderte Handelsbilanz aufzustellen.

b) Dagegen war das Berufungsurteil auf die Anschlußrevision aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, soweit das Berufungs-

gericht der Witwe G [REDACTED] nur 5 % von 83.238,90 RM zugesprochen hat; denn wie oben Ziff. I 2 ausgeführt, hätte das Berufungsgericht - seine Gewinnberechnung für 1947 als richtig unterstellt - für die Zeit vom 1. Januar bis 20. Juni 1948 mehr als 83.238,90 RM Gewinn ausweisen müssen.

4. Für die Zeit nach der Währungsumstellung ist das Berufungsgericht von der finanzamtlich anerkannten DM-Eröffnungsbilanz ausgegangen. Doch hat es das Auseinandersetzungsguthaben, das in dieser Bilanz wegen falscher Berechnung und falscher Umstellung zu niedrig ausgewiesen ist, um 21.723,80 DM erhöht und auf der Aktivseite einen "Ausgleichsposten" in Höhe dieses Betrages eingesetzt. Dem entsprechend hat das Berufungsgericht auch die Bilanzen der folgenden Jahre verändert.

Hier macht die Revision wiederum geltend, daß das Berufungsgericht gemäß dem Antrag der Beklagten den Sachverständigen, auf dessen Gutachten die Bildung des Ausgleichspostens zurückging, zur mündlichen Verhandlung hätte laden müssen.

Darauf, daß das Berufungsgericht das unterlassen hat, kann jedoch das angefochtene Urteil nicht beruhen.

Für die Abrechnung mit dem Kläger mußte das Auseinandersetzungsguthaben in der DM-Eröffnungsbilanz richtig angegeben werden, wie § 30 Abs. 1 und 2 DMBG das ohnehin verlangen. Entgegen der Ansicht der

Revision waren also die Beklagten nicht berechtigt, das Auseinandersetzungsguthaben zunächst zu niedrig anzusetzen, seine Berichtigung bis in das Jahr 1950 zu verzögern und dadurch den Gewinnausweis dieses Geschäftsjahrs um 21.723,80 DM zu mindern. Auch Ziff. 5 der Anlage VIII bot dafür keine Handhabe.

Demgemäß hätte das Berufungsgericht für die Gewinnberechnung, die nur das Verhältnis der Parteien berührte, von einer DM-Eröffnungsbilanz ausgehen können, die in ihren Endsummen zwar der vom Finanzamt anerkannten Bilanz entsprach, aber das Auseinandersetzungsguthaben - seine Berechnung durch das Berufungsgericht als richtig unterstellt - um 21.723,80 DM höher und das Eigenkapital von Herbert G. um diesen Betrag niedriger auswies.

Das Berufungsgericht ist zwar anders verfahren, hat dadurch aber den Gewinnausweis nicht verändert. Es hat die Bilanzkontinuität im Anschluß an die DM-Eröffnungsbilanz gewahrt. Deshalb war ohne Bedeutung, an welche Bilanzsumme und an welchen Stand von Kapital- und Auseinandersetzungskonto es anknüpfte.

5. Für 1950 hat das Berufungsgericht einen Gewinn von 65.473,95 DM festgestellt.

Auch das greift die Revision an, obwohl die Beklagten in ihrer Firmenbilanz sogar einen Gewinn von 92.013,86 DM ausgewiesen hatten.

a) Zu Unrecht wendet sich die Revision dagegen, daß das Berufungsgericht in den Bilanzen ab 1950 die Kapitalkonten der drei nunmehrigen Gesellschafter zusammengefaßt hat. Inwiefern dadurch der Gewinnausweis hätte beeinflußt werden können, ist nicht ersichtlich.

b) Die Revision kommt auf die Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 29. September 1958 Blatt 569 zurück, in der Firmenbilanz seien "Betriebsfremde Erträge, d. h. Einlagen der Gesellschafter" in Höhe von 269.035,57 DM enthalten, die nur aus steuerlichen Gründen so, wie geschehen, hätten verbucht werden müssen; wären diese Einlagen nicht erfolgt, so hätte sich für das Wirtschaftsjahr 1950 kein Gewinn ergeben.

Die Rüge, daß das Berufungsgericht diesem Vortrag nicht nachgegangen sei, kann keinen Erfolg haben, denn der Vortrag der Beklagten war unsubstantiiert und nicht unter Beweis gestellt.

6. Soweit sich die Revision gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts für 1951 und 1952 wendet, sind ihre Rügen gegenstandslos; denn für diese Geschäftsjahre hat das Berufungsgericht keine Gewinne ausgewiesen und demgemäß der Witwe G. keine Gewinnbeteiligung zuerkannt.

7. Dagegen hätte das Berufungsgericht, ehe es für 1953 einen Gewinn von 288.164,13 DM feststellte, der Behauptung der Beklagten nachgehen müssen, ihre Firmenbilanz für dieses Geschäftsjahr sei

nur eine vorläufige, weil noch nicht feststehe, wie sich ihre Auseinandersetzung mit dem Nachlaß Herbert Giebel gestalten werde. Die Beklagten können nämlich von Frau G. nicht an einer Bilanz festgehalten werden, die sie nur als eine vorläufige aufgestellt und dem Kläger auch nur als solche vorgelegt haben. Dem Kläger kann, wenn die Behauptung der Beklagten richtig sein sollte nach Ziff. 6 der Anlage VIII allenfalls ein Anspruch darauf zustehen, daß die Beklagten nunmehr binnen angemessener Frist eine für ihr Verhältnis zu Frau G. maßgebliche Bilanz aufstellen und ihm vorlegen. Aber auch insoweit hat das Berufungsgericht den Sachverhalt noch nicht geprüft.

Demgemäß muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, soweit das Berufungsgericht dem Kläger für 1953 6.000 DM Gewinn nebst Zinsen ab 1. Januar 1964 zugesprochen hat.

D. Zusammenfassung.

Nach alledem muß das Berufungsurteil außer im Kostenpunkt insoweit aufgehoben werden, als das Berufungsgericht einerseits das Auseinandersetzungskonto mit Gewerbesteuerzahlungen belastet und den Gewinn von Frau G. für 1948 möglicherweise um 239,01 DM zu gering berechnet hat (vgl. oben B II 2 b und C II 3 o), und als es andererseits dem Kläger für 1947 mehr als 5 % von 27.658,74 RM und für 1953 6.000 DM nebst Zinsen zuerkannt hat (vgl. oben

C II 2 und 7).

Bei der Berechnung der verbleibenden Urteils-
summe ist von dem Kontostand auszugehen, den das Be-
rufungsgericht bis zum 30. Juni 1952 ermittelt hat,
also von 59.171,47 DM. Dieser Betrag ist zu kürzen
um die Differenz zwischen 5 % von 95.604,16 (Gewinn-
ausweis des Berufungsgerichts für 1947) und 5 % von
27.658,74 DM (Gewinn ausweis der Beklagten für 1947),
also um die Differenz zwischen 4.780,21 und 1.382,95 =
3.397,26 DM sowie um 4 % Zinsen auf diesen Differenz-
betrag für die Zeit vom 1. Januar 1948 bis 30. Juni
1952 = 611,51 DM, mithin um insgesamt 4.008,77 DM.
Es verbleibt somit eine ab 1. Januar 1954 mit 4 %
verzinsliche Forderung von 55.162,70 DM.

Daneben müssen dem Kläger 4 % Zinsen von
55.162,70 DM für die Zeit vom 1. Juli 1952 bis 31. De-
zember 1953 = 3.309,76 DM zugesprochen werden.

Von den Kosten des Rechtsstreits, soweit noch nicht über sie entschieden ist, haben die Beklagten $\frac{2}{3}$ zu tragen; denn sie sind mit $55.162,70 + 3.309,76 = 58.472,46$ DM endgültig unterlegen, also mit etwa $\frac{2}{3}$ der Klageforderung. Über die restlichen Kosten, auch des Revisionsverfahren, wird das Berufungsgericht auf Grund der neuen mündlichen Verhandlung zu befinden haben.

Dr. Fischer	Dr. Nörr	Liesecke
Dr. Bukow	Dr. Schulze	