

Verkündet

am 17. Oktober 1955

Jodas, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Kauffrau Marietta S. [REDACTED] geb. K. [REDACTED],
W. [REDACTED], K. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbe-
klagten und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

gegen

die Fritz B. [REDACTED] GmbH. i.L. zu W. [REDACTED],
vertreten durch ihren Liquidator, den Wirtschafts-
prüfer Dr. Kurt M. [REDACTED], W. [REDACTED], A. [REDACTED] str. [REDACTED],
Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

Nebenintervenient: Bäckermeister Wolfgang B. [REDACTED],
[REDACTED], K. [REDACTED],

-Prozeßbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt
[REDACTED], [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 13. Oktober 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Fischer, Dr. Kuhn, Artl und Dr. Winkelmann für Recht
erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/
Main vom 25. Juni 1954 wird auf Kosten der Beklag-
ten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine GmbH in Liquidation, betrieb in gepachteten Räumen in W[REDACTED], K[REDACTED]gasse [REDACTED], eine Bäckerei und Konditorei und im gegenüberliegenden Hause, K[REDACTED]gasse [REDACTED], eine Konditorei. Gesellschafter waren je zur Hälfte der Nebenintervenient der Klägerin, Wolfgang B[REDACTED], und seine Schwester, Frau G[REDACTED]. Frau G[REDACTED] ist verstorben und von ihrem Ehemann und ihrer Tochter, der Beklagten, beerbt worden.

Frau G[REDACTED] die Eigentümerin des Grundstücks K[REDACTED]gasse [REDACTED] war, kündigte die Gesellschaft und das ihr Grundstück betreffende Pachtverhältnis zum 31. August 1949. Die Kündigung des Gesellschaftsvertrages richtete sie an Wolfgang B[REDACTED], die Kündigung des Pachtverhältnisses an die Gesellschaft, deren Geschäftsführer sie selbst und entweder der Bücherrevisor H[REDACTED] oder Wolfgang B[REDACTED] waren. H[REDACTED] und Frau G[REDACTED] teilten die Kündigung des Pachtverhältnisses Wolfgang B[REDACTED] unter dem Hinweis mit, sie stimmten dieser Kündigung zu, da sie es ablehnen müßten, für die Zeit nach Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses irgendwelches Risiko zu übernehmen.

Mit dem Ablauf des 31. August 1949 schloß Frau G[REDACTED] mit Billigung von H[REDACTED] das K[REDACTED]gasse [REDACTED] betriebene Geschäft der GmbH. Vom folgenden Tage ab wirtschaftete sie in eigenem Namen und für eigene Rechnung mit allem Vorhandenen weiter; anfänglich benützte sie sogar den Namen der Klägerin, später fügte sie ihm einen Nachfolgezusatz bei und erst, nachdem ihr Wolfgang B[REDACTED] das durch einstweilige Verfügung untersagen ließ, verwendete sie ihren eigenen Namen unter Beifügung ihres Mädchennamens B[REDACTED] und unter dem Hinweis, daß es sich um ein "über

-3-

100-jähriges" Unternehmen handle. Sie ließ ihren Bruder nicht als Mitliquidator gelten und meldete zusammen mit H. [REDACTED] die Auflösung der GmbH zur Eintragung ins Handelsregister an.

Wolfgang B. [REDACTED] beantragte darauf die Abberufung von Frau G. [REDACTED] und H. [REDACTED] als Liquidatoren. Diesem Antrage entsprach das Registergericht unter dem 30. Januar 1950 ohne Stellungnahme zu den dafür vorgebrachten Gründen, nachdem sich alle Beteiligten auf den Wirtschaftsprüfer Dr. M. [REDACTED] als Liquidator geeinigt hatten.

Dr. M. [REDACTED] stellte für den 31. Dezember 1951 eine Auseinandersetzungsbilanz auf. Darein setzte er unter den Aktiven für beide Geschäfte einen Façonwert an, und zwar für das Geschäft K. [REDACTED] gasse [REDACTED] 50.000 DM und für das Geschäft K. [REDACTED] gasse [REDACTED] 10.000 DM.

Nach § 11 des Gesellschaftsvertrages hat, wenn in den Gesellschaftsversammlungen ein Beschluß infolge Stimmengleichheit nicht zustande kommt, auf Antrag eines Gesellschafters eine von dem Vorsitzenden der W. [REDACTED] Industrie- und Handelskammer zu bestellende unparteiische dritte Persönlichkeit, die nicht zu den Konkurrenzfirmen der Gesellschaft gehört oder nähere Beziehungen zu einer solchen hat, zu entscheiden. Auf dieser Grundlage erstattete der von der Industrie- und Handelskammer hierfür eingesetzte Dr. W. [REDACTED] zwei Schiedsgutachten: In dem einen sprach er die Rechte aus dem Mietvertrag über das Geschäft K. [REDACTED] gasse [REDACTED] Wolfgang B. [REDACTED] zu. In dem anderen änderte er gewisse Posten der Auseinandersetzungsbilanz Dr. M. [REDACTED]'s ab, während er die Ansätze für beide Geschäfte gut hieß.

Dr. M. [REDACTED] berichtigte demgemäß seine Auseinandersetzungsbilanz, die er nun auf den 31. Oktober 1952

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



stellte. Sie ergab unter Berücksichtigung der für beide Geschäfte eingesetzten Werte ein Reinvermögen von 83.670,71 DM. Für den selben Tag stellte Dr. M. einen Teilungsplan auf. Darin teilte er das in der Auseinandersetzungsbilanz ermittelte Reinvermögen nach Abzug eines hier nicht interessierenden Betrages im Verhältnis der Geschäftsanteile. Von dem sich hiernach für jeden der beiden Gesellschafter ergebenden Betrag setzte er diejenigen Werte ab, die beide Gesellschafter durch die Übernahme von Inventar und je eines der beiden Geschäfte erhalten haben, während er zugunsten jedes der beiden Gesellschafter unterschiedliche, hier nicht interessierende Beträge berücksichtigte. Es ergab sich danach für Wolfgang B. ein Guthaben von 17.336 DM und für Frau G. eine Schuld von 18.370 DM. Zu diesem Betrage setzte Dr. M. noch 12.000 DM Restkaufgeld für ein von Frau G. von der GmbH gekauftes Grundstück und 1.600 DM Inventarmiete hinzu, so daß sich zu Lasten von Frau G. ein Betrag von insgesamt 31.970 DM ergab.

Hiervon verlangt die Klage einen Teilbetrag von 15.963,89 DM mit der Behauptung, die GmbH benötige diesen Betrag zur Berichtigung von Steuerrückständen und Kosten der Liquidation.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es sieht die Entscheidung Dr. W. über die Auseinandersetzungsbilanz als ein Schiedsgutachten an, meint aber, es sei offenbar unbillig, da in einer Auseinandersetzungsbilanz ein Wert für Geschäfte, die mit den Gegenstand der Auseinandersetzung bildeten, nicht angesetzt werden dürfte.

Der Kläger ist dem mit der Berufung entgegengetreten. Er hat überdies gerügt, daß vom Klagevortrag

nicht berücksichtigt worden sei, daß Frau G. das Geschäft K. gasse an sich gerissen und es schuldhaft unterlassen habe, dieses Geschäft zugunsten der Liquidationsmasse zu verwerten, und daß der Klägerin durch diese Unterlassung ein Entgelt von mindestens 50.000 DM entgangen sei.

Die Beklagte rügt demgegenüber Klageänderung.

Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben. Es meint: Aus der Entscheidung Dr. W. könne ein Zahlungsanspruch nicht hergeleitet werden. Dieser Entscheidung fehle die Rechtsgrundlage, da eine Liquidationsbilanz nicht der Beschlußfassung der Gesellschafter unterliege und darum § 11 des Gesellschaftsvertrages nicht eingreife. Die Klage sei aber deshalb begründet, weil Frau G. ihre Treupflicht als Gesellschafterin und ihre Pflichten als Liquidatorin verletzt und der Gesellschaft einen Schaden zugefügt habe, der den Klageantrag rechtfertige. Eine Klageänderung liege nicht vor, da die Klage nicht auf einen bestimmten Klagegrund gestützt sei und überdies vorgebracht habe, daß Frau G. den Wert des Geschäfts von 50.000 DM bereits erhalten habe; hiermit sei geltend gemacht, daß sich Frau G. diesen Empfang auch anrechnen lassen müsse. Frau G. habe ihre Pflichten als Gesellschafterin und Liquidatorin dadurch verletzt, daß sie die Verwertung der Firma und des Geschäftswerts vereitelt habe, indem sie den Gesellschafts- und den Pachtvertrag gekündigt, dieser Kündigung gemeinsam mit H. namens der GmbH zugestimmt und den Geschäftsbetrieb K. gasse geschlossen habe, als ob nichts abzuwickeln sei, um am nächsten Tage in den gleichen Räumen unter Benutzung des Inventars und unter Ausnutzung der gesamten Organisation des Unternehmens der Klägerin im eigenen Namen und für eigene Rechnung weiter zu wirtschaften.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

1.) Die Klage geht davon aus, daß schon der Teilungsplan den Klageanspruch gebe. Sie vertritt den Standpunkt, die Entscheidung Dr. W. [REDACTED] sei einem Gesellschafterbeschuß, bei dem Frau G. [REDACTED] überstimmt worden sei, gleichzustellen. Deshalb sei die Beklagte an diese Entscheidung gebunden. Aus dem gleichen Grunde sei auch die vom Liquidator aufgestellte Auseinandersetzungsbilanz verbindlich. Kraft der Entscheidung Dr. W. [REDACTED], der berichtigten Auseinandersetzungsbilanz und des Teilungsplans stehe der GmbH ein Anspruch auf Zahlung des zu Lasten von Frau G. [REDACTED] errechneten Betrages von 31.970 DM zu.

So läßt sich die Klage nicht rechtfertigen.

Der Teilungsplan ist kein Titel. Er kann nur einen Anspruch ausweisen, nicht ihn geben.

Die Entscheidung Dr. W. [REDACTED] hat in § 11 des Gesellschaftsvertrages keine Grundlage. Die Liquidationsbilanz hat der Liquidator aufzustellen, sie bedarf nicht der Feststellung durch die Gesellschafter (Scholz, GmbHG § 69 Anm 4; § 71 Anm 6; Vogel, GmbHG § 69 Anm 5, Brodmann, GmbHG § 69 Anm 2). Für die Anwendung des § 11 des Gesellschaftsvertrages war kein Raum, da er voraussetzt, daß in einer Angelegenheit, die der Beschlußfassung der Gesellschafter unterliegt, stimmengleich abgestimmt wird. Die Entscheidung Dr. W. [REDACTED] ist daher unbeachtlich.

Die Auseinandersetzungsbilanz dient lediglich der Ermittlung des am Stichtage vorhandenen Reinvermögens (Scholz § 71 Anm 6). In den Wertansätzen für die Geschäfte K. [redacted] Gasse [redacted] und [redacted] drückt sich nicht mehr als die Ansicht des Liquidators und Dr. W. [redacted] aus. Die Liquidationsbilanz ist anders als die Jahresbilanz, nicht Ermittlung des Geschäftsergebnisses, sondern Rechnungslegung des Liquidators (Brodmann aaO, Vogel aaO). Hieraus folgt, daß sie der Gesellschaft keinen Anspruch geben kann.

2.) Der erhobene Anspruch ist aber unter dem Gesichtspunkt der Schadensersatzpflicht begründet.

a) Entgegen der Ansicht der Revision konnte das Berufungsgericht über diesen Anspruchsgrund entscheiden, ohne die Beklagte darauf hinweisen zu müssen, daß es in der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs keine Klageänderung sehe.

In der Berufungsbegründung hat die Klägerin dem landgerichtlichen Urteil zum Vorwurf gemacht, es habe unterlassen, den erhobenen Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes zu prüfen. Soweit die Klägerin den Klageanspruch nunmehr nachdrücklich darauf stützte, Frau G. [redacted] habe ihre Pflichten als Gesellschafter, Geschäftsführer und Liquidator verletzt und sich hierdurch schadensersatzpflichtig gemacht, hat die Beklagte unzulässige Klageänderung gerügt und ausgeführt, daß die von ihr angenommene Klageänderung nicht als sachdienlich zugelassen werden könne. Demgegenüber hat die Klägerin den Standpunkt vertreten, es handle sich gar nicht um eine Änderung der Klage, da die die Schadensersatzpflicht begründenden Tatsachen bereits vor dem Landgericht vorgetragen worden seien; die Berufungsbegründung habe die Schadensersatzpflicht bloß stärker hervorgekehrt. Die Revision

macht geltend, daß sich die Beklagte auf den geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht habe zu erklären brauchen, bevor nicht das Berufungsgericht zu erkennen gebe, ob über diesen Anspruch sachlich entschieden werden sollte. Sie führt aus, erst mit der Zulassung der Klageänderung werde das neue Vorbringen prozessual zulässig und erst von diesem Augenblick an habe sich der Beklagte über die neue Klagebegründung zu erklären. Sie übersieht dabei, daß der Frage, ob eine Klageänderung als sachdienlich zuzulassen ist, die Frage voraufliegt, ob die Klage geändert worden ist, und daß sich der Beklagte, wenn Klageänderung deshalb zu verneinen ist, weil die den Anspruch ergebenden Tatsachen bereits im ersten Rechtszuge vorgetragen worden sind, gemäß § 138 Abs 2 ZPO über diese Tatsachen zu erklären hatte. In einem Fall, in dem sowohl die Frage nach der Klageänderung überhaupt wie die Frage nach ihrer Zulassung streitig ist, kann sich der Beklagte nicht darauf beschränken, Klageänderung zu rügen und gegen ihre Zulassung Stellung zu nehmen. Will er seinen Vortrag nicht mit Prozeßstoff belasten, der bei Unzulässigkeit der von ihm angenommenen Klageänderung überflüssig ist, so muß er sich für den Fall, daß Klageänderung verneint oder angenommen, aber als sachdienlich zugelassen werden sollte, eine Stellungnahme vorbehalten oder sonstwie zu erkennen geben, daß er dann noch Erklärungen über die vom Gegner behaupteten Tatsachen abzugeben habe. Daran fehlt es hier. Das Berufungsgericht hatte daher nicht die Pflicht, der Beklagten noch Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, als es Klageänderung verneinte.

b) Das Berufungsgericht stellt fest, daß das Geschäft K. [redacted] gasse [redacted] angesichts des Rufs des Unternehmens, seiner Lage und seines Kundenstamms 50.000 DM wert war, sofern es im Grundstück der Beklagten weiterbetrieben wer-

den konnte und wurde, und daß es zu diesem Preise einen Käufer gefunden hätte. Die Mutter der Beklagten hat die Liquidationsmasse um einen Betrag dieser Höhe gebracht, da sie das Geschäft als GmbH-Betrieb schloß und es als eigenes, zunächst sogar unter der Firma der Klägerin, weiterführte. Pachtvertrag und Gesellschaftsvertrag waren nicht derart miteinander verquickt, daß das Bestehen der GmbH als werbende Gesellschaft die Vertragsgrundlage für den Pachtvertrag bildete. Das hat die Beklagte auch nicht behauptet. Die Verpächterin konnte das Pachtverhältnis im Hinblick auf die §§ 1, 36 MSchG nicht einseitig kündigen. Ohne Pachtaufhebungsklage konnte dieses Rechtsverhältnis nur gelöst werden, wenn die GmbH der Kündigung wirksam zustimmte. Diese Zustimmung hat Frau G. zusammen mit H. erklärt. Es kann dahingestellt bleiben, ob H. damals noch Geschäftsführer war oder Wolfgang B. bereits wieder diese Stellung inne hatte. Denn es bestand Gesamtvertretung, und Frau G. verletzte ihre Pflichten als Geschäftsführer, als sie der Kündigung im eigenen Interesse zustimmte. Gleichviel ob man das Pachtverhältnis als nicht wirksam aufgelöst ansieht oder annimmt, Frau G. habe sich als Grundstückseigentümerin nicht auf eine Kündigung berufen dürfen, der sie unter Verletzung ihrer Geschäftsführerpflichten wenigstens tatsächlich zur Wirksamkeit verholfen hatte, dürfte die Mutter der Beklagten die Räume K. gasse nicht für sich selbst verwerten und dadurch die GmbH hindern, das Geschäft K. gasse unter Ausnutzung des Pachtverhältnisses zu veräußern. Soweit die Revision geltend macht, die Zustimmung, die Frau G. namens der GmbH zu der von ihr als Grundstückseigentümerin ausgesprochenen Kündigung des Pachtverhältnisses erteilt hat, sei unwirksam, und durch eine unwirksame Handlung habe Frau G. nicht Schadensersatzpflichtig werden können, läßt sie außer acht, daß

Frau G. die Pachträume in eigenen Besitz nahm, trotzdem sie damit Rechte der GmbH verletzte. Zu Unrecht beruft sich die Beklagte darauf, daß ihre Mutter als Eigentümerin des Hauses K. gasse berechtigt gewesen sei, in den der GmbH verpachteten Räumen ein neues eigenes Geschäft zu errichten. Sie übersieht dabei, daß ihre Mutter erst durch ihre pflichtverletzende Zustimmung zur Kündigung instand gesetzt wurde, über die Räume zu verfügen. Sie kann auch nicht damit durchdringen, jedem Grundstückseigentümer, der einem Geschäftsinhaber kündigt und in den frei gewordenen Räumen ein Geschäft gleicher Branche eröffnet, fielen kraft seines Eigentums Vorteile durch die Lage der Räume und die Gewöhnung der Kundschaft an einen bestimmten Laden zu. Denn Frau G. hat nicht bloß diese Vorteile gesucht und genutzt, sondern das Unternehmen der Klägerin ab 1. September 1949 einfach für eigene Rechnung fortgeführt und dazu die Einrichtung, das Inventar, die Firma, den Kundenkreis, den Aufbau des Vertriebes, das eingearbeitete Personal und die Daueraufträge auf Backware benutzt. Sie hat noch nach Annahme einer eigenen Firma das Geschäft als 100 Jahre bestehend gekennzeichnet, was nur für das Geschäft der Klägerin und nicht für ein erst am 1. September 1949 neu eröffnetes Geschäft zutrifft. Gewiß hätte die Mutter der Beklagten auch bei Veräußerung des Geschäfts der Klägerin, falls dadurch Räume freigeworden wären und sie darin ein neues, eigenes Bäckerei- und Konditoreigeschäft eröffnet hätte, kraft ihres Grundstückseigentums Vorteile aus dem bisherigen Geschäftsbetrieb der Klägerin gezogen. Aber sie hat sich hierauf nicht beschränkt, so daß es nicht darauf ankommt, ob sie ihr Eigentum trotz ihrer gleichzeitigen Stellung als Gesellschafterin der

Klägerin in dieser Weise nutzen durfte. Die Ursächlichkeit ihres Verhaltens für den eingetretenen Schaden kann nicht geleugnet werden. Frau G. verletzte ihre Pflichten als Liquidator der Klägerin, indem sie nicht nur nichts tat, um die zu einem Preis von 50.000 DM durchführbare Veräußerung des Geschäfts K. gasse vorzunehmen, sondern die gebotene Verwertung dieses Objekts aus eigensüchtigen Interessen unter Ausschaltung ihres Bruders vereitelte. Frau G. hat sich daher nach den §§ 69, 43 GmbHG schadensersatzpflichtig gemacht.

Es bedarf daher nicht der Entscheidung der Frage, ob sich Frau G. bei der Auseinandersetzung deshalb den Wert des Geschäfts K. gasse anrechnen lassen muß, weil sie nach Auflösung der GmbH in den bisherigen Räumen ein gleichartiges Geschäft betreibt. Zu dieser Frage hat der Senat, ohne sie zu entscheiden, immerhin darauf hingewiesen (vgl. Urt v 14.10.53 - II ZR 232/52), daß auch bei der Auseinandersetzung der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft die Grundsätze von Treu und Glauben gewahrt werden müssen und daß es hieran fehlen kann, wenn sich ein Gesellschafter auf Grund gegebener Umstände den entscheidenden Vermögenswert aus dem abgewickelten Geschäftsunternehmen der Gesellschaft ohne Gegenleistung nutzbar macht, an dessen Verwertung die anderen Gesellschafter auf Grund der gleichen Tatumstände gehindert sind.

3.) Zu Unrecht wirft die Revision dem Berufungsrichter vor, er habe von § 139 ZPO Gebrauch machen müssen, wenn er einen Schaden habe feststellen wollen; bei Ausübung des Fragerechts hätte die Beklagte vorgetragen, daß auch Wolfgang B. an eine Veräußerung der Geschäfte überhaupt nicht gedacht habe. Denn, daß das Ge-

schäft K. [redacted] gasse [redacted] für 50.000 DM einen Käufer gefunden hätte, hatte der Obermeister der Bäckerinnung in W. [redacted] als Sachverständiger bekundet, und die Berufungsbegründung hatte den Schaden der Klägerin darin gesehen, daß ein Verkauf dieses Geschäfts einen Betrag von 50.000 DM erbracht haben würde. Das Berufungsgericht konnte nicht davon ausgehen, daß die Beklagte, befragt, geltend machen könne, ein Verkauf sei von beiden Gesellschaftern nicht beabsichtigt gewesen, Frau G. [redacted] und der Nebenintervenient hätten vielmehr Realteilung vereinbart. Es konnte nicht annehmen, daß eine so kurze Ausführung unterblieben sei, um den Vortrag nicht mit Prozeßstoff zu belasten, der im Hinblick auf die erhobene Rüge unzulässiger Klageänderung für überflüssig gehalten werde.

4.) Im übrigen greift die Revision das Berufungsurteil in Punkten an, auf die es nicht ankommt, so daß hierauf nicht eingegangen zu werden braucht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Canter Dr. Fischer Dr. Kuhn Artl Dr. Winkelmann