

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 201/87

URTEIL

Verkündet am

7. Dezember 1987
Spengler,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

des Baumschulkaufmanns Paul D [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED],
W [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Baumschulbesitzer Wilfried G [REDACTED], G [REDACTED],
B [REDACTED] - H [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Dr. Bauer, Dr. Hesselberger, Röhricht und Dr. Henze

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 20. Mai 1987 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an den 22. Zivilsenat in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien, der Kläger als Baumschulkaufmann und der Beklagte als Inhaber einer Baumschule, errichteten durch Vertrag vom 1. Oktober 1970 eine "Gesellschaft" zum Großhandel mit Baumschulgehölzen. Die im Rahmen dieses Gesellschaftsverhältnisses im Namen und für Rechnung des Klägers eingekauften Pflanzen sollten bis zur Weiterveräußerung dessen Eigentum bleiben und in dem Gartenbaubetrieb des Beklagten von diesem "treuhänderisch verwaltet" sowie fachgerecht versorgt und betreut werden. Der Beklagte hatte auch den Versand vorzunehmen, während "der finanzielle Teil sowie das Management des Ein- und Verkaufs" dem Kläger oblagen. Gewinn und Verlust waren hälftig zu teilen. Die Parteien sind darüber einig, daß dieses Gesellschaftsverhältnis seit dem 30. September 1971 aufgelöst ist.

Der Kläger ist in zwei Vorprozessen mit einem Teilbetrag von 100.000 DM unterlegen. Er verlangt im vorliegenden Rechtsstreit (weitere) 50.000 DM als Teil eines von ihm errechneten Auseinandersetzungsguthabens. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit Urteil vom 28. Oktober 1985 (II ZR 258/84) hat der Senat das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Der Kläger hat nunmehr hilfsweise beantragt, den Beklagten zu verurteilen, der von ihm vorgelegten Auseinandersetzungsbilanz per 31. Dezember 1986, in der er einen Auseinandersetzungsanspruch in Höhe von 677.224,67 DM errechnet, zuzustimmen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers erneut zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seine zuletzt in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Zurückverweisung.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß nach der Auflösung der Gesellschaft die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüche nur noch im Rahmen einer abschließenden Auseinandersetzung berücksichtigt werden können, liege nicht vor. Zugunsten des Klägers ließe sich eine Mindestausgleichsforderung, wenn überhaupt, nur nach einer sehr umfangreichen und schwierigen Beweiserhebung ermitteln. Dies hält der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Im Ergebnis zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß eine Gesamtabrechnung über das Gesellschaftsverhältnis noch nicht erfolgt ist. Der Kläger hat zwar seine Aufwendungen im einzelnen dargelegt und unter Berücksichtigung der Verkaufserlöse und weiterer Posten einen bestimmten Anspruch errechnet. Daß diese Abrechnung jedoch noch nicht die endgültige Auseinandersetzungsbilanz darstellen soll, zeigt schon der Umstand, daß sich der Kläger nunmehr eines Gesamtauseinandersetzungsanspruchs in Höhe von 677.224,67 DM berührt.

2. Von dem Grundsatz, daß nach Auflösung der Gesellschaft die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Ansprüche nur noch im Rahmen einer abschließenden Auseinandersetzungsrechnung berücksichtigt werden können, gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats jedoch dann eine Ausnahme, wenn schon vor der Beendigung der Auseinandersetzung mit Sicherheit feststeht, daß der eine Gesellschafter jedenfalls einen bestimmten Betrag

verlangen kann (vgl. BGHZ 37, 299, 304 f.; Sen.Urt. v. 3. Mai 1976 - II ZR 92/75, WM 1976, 789, 790; v. 9. März 1981 - II ZR 70/80, WM 1981, 487). Entgegen den Darlegungen des Berufungsgerichts kann dies im gegenwärtigen Stadium des Verfahrens nicht verneint werden.

a) Allerdings bedarf es auch zu dieser Feststellung einer wenigstens vorläufigen Auseinandersetzungsrechnung. In sie gehören alle Einnahmen und Ausgaben beider Parteien. Wie der Senat schon in seinem Urteil vom 3. Mai 1976 (II ZR 92/75, WM 1976, 789, 790) hervorgehoben hat, kann der Kläger, weil sich die Parteien den Ein- und Verkauf der Pflanzen und ihre Pflege weitgehend geteilt und keinen gemeinsamen Geschäftsbetrieb, auch keine gemeinsame Kasse geführt haben, aber nicht ohne weiteres wissen, welche Ausgaben der Beklagte gehabt hat. Deshalb genügt es hier, daß der den Ausgleich verlangende Gesellschafter eine Abrechnung über diejenigen Einnahmen und Ausgaben vorlegt, die er als für gemeinsame Rechnung erfolgt behaupten oder anerkennen will, und der andere Gesellschafter im Prozeß Einwendungen gegen Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Abrechnung erhebt, insbesondere seine eigenen, für gemeinsame Rechnung gemachten Ausgaben geltend macht und belegt. Die Aufgabe des Gerichts ist es dann, die Streitpunkte - notfalls durch Beweiserhebung - zu klären und auf diese Weise schließlich ein etwaiges Auseinandersetzungsguthaben des klagenden Gesellschafters festzustellen (vgl. Sen.Urt. v. 3. Mai 1976 - II ZR 92/75, aaO).

b) Eine diesen Anforderungen genügende Abrechnung hat der Kläger vorgelegt; es genügt hier, auf den im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Vortrag des Klägers zu verweisen (BU 8 f.). Daß der Beklagte sie bestritten hat und eine

Beweisaufnahme erforderlich ist, macht sie entgegen der von dem Berufungsgericht geäußerten Ansicht nicht unverwertbar. Vielmehr muß die für erforderlich gehaltene Beweisaufnahme durchgeführt werden.

II. Das angefochtene Urteil läßt sich auch nicht mit der von dem Berufungsgericht angestellten Hilfserwägung halten, dem Kläger stehe schon rein rechnerisch kein Anspruch zu.

a) Zu dieser Feststellung gelangt das Berufungsgericht, indem es den von dem Kläger ursprünglich errechneten Ausgleichsanspruch von 176.008,28 DM - inzwischen berührt sich der Kläger eines Anspruchs von 677.224,67 DM - halbiert, weil jeder Gesellschafter entsprechend der vertraglichen Regelung 50 v.H. des Verlustes zu tragen habe; der verbleibende Betrag bleibe unter dem bereits rechtskräftig aberkannten Teilbetrag von 100.000 DM. Dabei verkennt das Berufungsgericht, daß der von dem Kläger errechnete Betrag von 176.008,28 DM das Abfindungsguthaben darstellen soll, während die Höhe des Verlustes - wie das Berufungsgericht selber feststellt - noch nicht endgültig bekannt ist. Allenfalls von dem zu berechnenden Verlust kann die Hälfte dem Kläger in Rechnung gestellt werden. Dem Berufungsgericht kann insbesondere nicht in der Auffassung gefolgt werden, eine Haftung des Beklagten komme nur für den unmittelbaren Verlust der Pflanzen (= 102.759,96 DM) in Betracht (BU 23 f.). Es verkennt, daß der Kläger auch die weiteren Beträge von zusammen 73.248,32 im Interesse der Gesellschaft aufgewendet hat und diese Aufwendungen ebenfalls mit dem Verkaufserlös gedeckt werden sollten.

b) Rechtsfehlerhaft ist weiterhin die Annahme des Berufungsgerichts, eine Haftung des Beklagten für einzelne Rechnungsposten in Höhe von mehr als 50 v.H. könne nicht als fest-

gestellt erachtet werden. Der Senat hat in seinem Urteil vom 3. Mai 1976 (II ZR 92/75, aaO) darauf hingewiesen, daß jeder Gesellschafter den von ihm zu vertretenden Verlust im Verhältnis zu dem im Innenverhältnis gemeinschaftlich betriebenen Geschäft allein zu tragen hat, während andere Verluste die Gesellschafter je zur Hälfte treffen. Ein von dem Beklagten zu vertretender Verlust kommt vor allem hinsichtlich der Frage der Herausgabeverweigerung und der von dem Kläger behaupteten Trocken- und Dürreschäden in Betracht. Unschlüssig ist der Vortrag des Klägers insoweit jedenfalls nicht. Der Kläger hat bereits in seinen Schriftsätzen vom 5. April 1979 und vom 12. Mai 1980 vorgetragen, daß der Beklagte sich nach der Kündigung des Gesellschaftsvertrages geweigert habe, die eingebrachte Ware herauszugeben, so daß ein großer Teil der Ware verdorben sei; hierauf hat er in der Berufungsbegründung ausdrücklich Bezug genommen (GA I 188 f., 244; II 431). Ob der Beklagte zunächst berechtigt war, die Herausgabe zu verweigern, ist eine Rechtsfrage, die anhand des beiderseitigen Parteivorbringens zu entscheiden ist. Hierzu hat das Berufungsgericht Feststellungen nicht getroffen.

Das in den Schriftsätzen des Klägers vom 7. Februar 1986 enthaltene Vorbringen des Klägers zu den Trockenschäden hat das Berufungsgericht zu Unrecht gemäß §§ 523, 296 Abs. 2, 282 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Dieses Vorbringen war keineswegs neu; vielmehr hatte der Kläger hierzu schon in seinen Schriftsätzen vom 5. April 1979, vom 12. Mai 1980 (GA I 180, 244) und vom 1. Juli 1982 sowie vom 12. Oktober 1982 (GA II 315, 323) entsprechend Stellung genommen. Insoweit verkennt das Berufungsgericht auch die Beweislast im Rahmen des § 708 BGB. Diese obliegt dem Handelnden; er hat darzulegen und unter Beweis zu stellen, daß er in vergleichbaren eigenen Angelegen-

heiten nicht sorgfältiger zu verfahren pflegt als im konkreten Fall geschehen (vgl. Baumgärtel, Hdb. der Beweislast, Bd. 1, § 708 BGB Rdnr. 1; MünchKomm.-Ulmer, BGB, 2. Aufl. § 708 Rdnr. 18).

Das Berufungsgericht ist überdies zu Unrecht davon ausgegangen, daß den Kläger ganz allgemein die Darlegungs- und Beweislast trifft. Es hat insbesondere nicht beachtet, daß dem Beklagten die vom Kläger für die Gesellschaft erworbenen Pflanzen zur "Verwaltung" und "fachgerechten Versorgung und Betreuung" übergeben worden sind und deshalb dieser insoweit Rechnung zu legen hat. Außerdem hat es gegen den Rechtsgrundsatz verstoßen, daß den Beklagten die Darlegungslast trifft, soweit nur ihm die entscheidungserheblichen Tatsachen bekannt sind und ihre Darlegung ihm zumutbar ist.

III. Damit das Berufungsgericht die unterlassene Prüfung und die gebotenen Feststellungen nachholen kann, muß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 BGB Gebrauch gemacht.

Dr. Kellermann

Dr. Bauer

Dr. Hesselberger

Röhricht

Dr. Henze