

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 202/66

URTEIL

Verkündet am
18. März 1968
Heil,
Justizhauptschreiber

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Ehefrau Angela-Gundula K [REDACTED], geb. S [REDACTED],
[REDACTED] V [REDACTED] M [REDACTED] Dr., D [REDACTED], T [REDACTED], USA,
2. des Ronald-Edward S [REDACTED], [REDACTED] I [REDACTED] Rd. Apt. [REDACTED],
D [REDACTED], T [REDACTED] USA,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Henry Gustav Adolf A [REDACTED], H [REDACTED],
M [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 1968
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der
Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Dr. Schulze und Fleck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des
11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
in Hamburg vom 27. Mai 1966 aufgehoben und die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der im Berufungsrechtszug verstorbene Vater und Erb-
lasser der jetzigen Kläger, nachfolgend weiterhin als Kläger
bezeichnet, war seit Januar 1933 neben seinem Vater Mitinha-
ber und seit 1934 Alleininhaber der Firma Johs. S. [REDACTED],
die damals schon seit langer Zeit die Geschäfte eines
Schiffsmaklers und Reedereiagenten betrieb. Durch Vertrag
vom 17. Dezember 1935 trat der Beklagte in das Unternehmen
ein, das seitdem als offene Handelsgesellschaft betrieben
wurde. Dem Abschluß dieses Vertrages war vorausgegangen,
daß der Beklagte im Jahre 1934 von dem Hauptgläubiger der
Firma Johs. S. [REDACTED] dessen Forderungen gegen diese Firma
in Höhe von etwa 30 000 RM erworben hatte.

Der Beklagte hat das Gesellschaftsverhältnis zum
31. Dezember 1945, dem frühestmöglichen Termin, gekündigt
und ist dadurch gemäß einer gesellschaftsvertraglichen

Bestimmung Alleininhaber des Geschäfts mit dem Recht der Firmenfortführung geworden. Die für diesen Fall in dem Gesellschaftsvertrag getroffene Abrede über die Abfindung des Klägers ging davon aus, daß die Gesellschaft auf die verbundenen Leben beider Gesellschafter für die Zeit bis zum 30. Juni 1940 eine Versicherung über 100 000 RM genommen hatte. Wäre diese Versicherung verlängert worden, so hätte der Beklagte 100 000 RM gegen Abtretung der Rechte aus dem Versicherungsschein als Abfindung an den Kläger zahlen müssen. Anderenfalls wollten die Gesellschafter "andere Vermögenswerte im Gesamtbetrag von RM 100 000 bestimmen", die der Kläger dann bei seinem Ausscheiden erhalten sollte. Die Gesellschafter haben jedoch im Jahre 1940 weder den Versicherungsvertrag verlängert noch "andere Vermögenswerte" bestimmt.

Der Kläger behauptet, er habe auch in diesem Falle als Abfindung 100 000 RM erhalten sollen, um sich nach seinem Ausscheiden eine neue Existenz schaffen zu können. Davon macht er in diesem Rechtsstreit einen im Verhältnis 1 : 1 auf DM umgestellten Teilbetrag nebst Zinsen geltend, den seine Erben in der Berufungsinstanz mit 15.100.-- DM beziffert haben.

Der Beklagte meint in erster Linie, er hätte die Abfindung nach dem Gesellschaftsvertrag nur geschuldet, wenn am 31. Dezember 1945 noch Gesellschaftsvermögen vorhanden gewesen wäre, was unstreitig nicht der Fall gewesen ist. Mindestens sei die Geschäftsgrundlage weggefallen; denn das Unternehmen habe zum 31. Dezember 1945 auch keinen Firmenwert mehr verkörpert. Im übrigen rechnet der Beklagte mit einer Gegenforderung auf, die sich daraus ergebe, daß der Kläger über die ihm gutgebrachten Gewinne hinaus weitere 102.439,68 RM entnommen hat.

Der Kläger macht geltend, ihm hätten mit Rücksicht



auf sein gesellschaftsvertragliches Recht, auch dann monatlich 600 RM zu entnehmen, wenn keine Gewinne erzielt würden, über die ihm zustehenden Gewinne hinaus weitere 32.828,01 RM gutgeschrieben werden müssen. Auch den überschießenden Betrag habe er nicht ohne Rechtsgrund entnommen. Er sei im Innenverhältnis an einigen Firmen des Beklagten tantiembeteiligt gewesen und habe mit dem Beklagten vereinbart, die ihm daraus zustehenden Beträge über sein Kapitalkonto bei der Firma Johs. S. [REDACTED] zu entnehmen, was er dann auch getan habe.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgen die jetzigen Kläger den zuletzt gestellten Zahlungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Die Parteien haben für den Fall, daß der Versicherungsvertrag nicht verlängert wurde und auch nicht "andere Vermögenswerte bestimmt" wurden, in dem Gesellschaftsvertrag, wie das Berufungsgericht ihn gemäß § 133 BGB auslegt, keine Regelung getroffen.

Diese Vertragsauslegung ist möglich und entspricht entgegen der Ansicht der Revision insbesondere dem Wortlaut des Vertrages. Die Revision muß sie deshalb hinnehmen.

2. Im Rahmen der danach erforderlichen ergänzenden Vertragsauslegung nach § 157 BGB erhebt sich damit die Frage, wie die Gesellschafter den ungeregelt gebliebenen Punkt, hätten sie ihn bedacht, unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben geregelt haben würden (BGHZ 9, 178).

Das Berufungsgericht hat aus den Umständen, die zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages geführt haben, sowie aus Zweck und Inhalt dieses Vertrages gefolgert, daß die Gesellschafter auch dann die Zahlung einer Abfindung von 100 000 RM vereinbart haben würden, wenn sie die Nichtverlängerung des Versicherungsvertrages und das Unterbleiben der Bestimmung "anderer Vermögenswerte" vorausgesehen hätten. Der Kläger könne aber mit Rücksicht darauf, daß am 31. Dezember 1945 außer einem etwaigen Firmenwert überhaupt kein Gesellschaftsvermögen vorhanden gewesen sei, nur 90.000 RM verlangen. "Andere Vermögenswerte" hätten praktisch nur geschaffen werden können, wenn beide Gesellschafter einen Teil ihrer Gewinne in der Gesellschaft belassen hätten; das aber würde wirtschaftlich zu etwa 1/10 auch zu Lasten des Klägers gegangen sein.

Diese ergänzende Vertragsauslegung hält sich im Rahmen von § 157 BGB. Der Anspruch des Klägers sollte zwar, wie der Revision zuzugeben ist, nicht davon abhängen, daß Gewinne erzielt wurden. Tatsächlich hat die Gesellschaft aber bis 1939 und erneut im Jahre 1943 mit Gewinn gearbeitet, und es ist mit den Grundsätzen von Treu und Glauben vereinbar, bei der Vertragsergänzung auch diesen Umstand zu berücksichtigen.

3. Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß entgegen der Ansicht des Beklagten die Geschäftsgrundlage für den restlichen Abfindungsanspruch von 90.000 RM nicht weggefallen ist.

Insoweit hat das Berufungsgericht ausgeführt: Der Beklagte habe sich unter anderem mit seiner im Jahre 1945 ausgesprochenen Kündigung und mit seinem späteren Verlangen nach Löschung des Klägers im Handelsregister selbst auf den Boden des Gesellschaftsvertrages gestellt. Wenn er in dieser Weise von dem Kläger Vertragstreue gefordert habe, dann

könne er sich nicht zugleich gegenüber dem Abfindungsanspruch darauf berufen, dessen Geltendmachung verstoße gegen Treu und Glauben. Das Recht auf Firmenfortführung und der Abfindungsanspruch seien derart miteinander verquickt, daß es nicht angehe, dem Beklagten die Befugnis zur Kündigung und zur alleinigen Übernahme der Firma zuzusprechen, dem Kläger dagegen den Anspruch auf Abfindung zu versagen. Das gelte umso mehr, als der Kläger dem Beklagten keinen Anlaß zur Kündigung gegeben habe.

Gegen diese Darlegungen ist aus Rechtsgründen nichts einzuwenden.

II. Unstreitig bleiben die auf den Kläger entfallenen Gewinne um 102.439,68 RM hinter seinen tatsächlichen Entnahmen zurück. Das Berufungsgericht meint, der Kläger könne mit Rücksicht darauf nichts mehr fordern.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsurteil insoweit keinen Bestand haben kann.

1. Die Revision ist allerdings unbegründet, soweit sie geltend macht, der Kläger habe auf Grund einer mit dem Beklagten getroffenen mündlichen Abrede aus der Gesellschaftskasse auch die Gewinne entnehmen dürfen, die für ihn aus anderen Geschäften des Beklagten angefallen seien; denn das Berufungsgericht ist dieser Behauptung mit Recht nicht gefolgt.

Zwar hat kein Zeuge bekundet, er wisse positiv, daß der Kläger mit jeder Firma über seine Tantieme gesondert habe abrechnen müssen. Das hat aber das Berufungsgericht nicht verkannt. Es hat vielmehr die Behauptung des Klägers nur deshalb für widerlegt erachtet, weil nach seiner Über-

zeugung die vernommenen Zeugen von der Entnahmevereinbarung, von der sie alle gemäß ihren Bekundungen nichts wußten, Kenntnis erlangt haben würden, wenn diese Vereinbarung tatsächlich bestanden hätte. Gegen diese Beweiswürdigung läßt sich aus Rechtsgründen nichts einwenden.

In diesem Zusammenhang ist ohne Bedeutung, daß der Beklagte, wie die Revision geltend macht, die überhöhten Entnahmen des Klägers geduldet hat. Das allein machte nämlich die von dem Berufungsgericht mit Recht als ungewöhnlich gekennzeichnete Behauptung des Klägers über die mündliche Entnahmevereinbarung nicht wahrscheinlicher. Aber selbst wenn mit Rücksicht darauf die Behauptung des Klägers nicht als widerlegt, sondern nur als unbewiesen hätte angesehen werden müssen, würde das der Revision nichts nützen; denn der Kläger hätte, weil er die streitigen Beträge auf Grund seiner Stellung in der Gesellschaft selbständig entnommen hat, die Berechtigung dieser Entnahmen und damit auch die von ihm behauptete mündliche Vereinbarung beweisen müssen (vgl. BGH LM HGB § 128 Nr. 7). Die von ihm behauptete Duldung seiner Entnahmen durch den Beklagten änderte daran nichts. Daraus folgt zugleich, daß sich die Revision auch nicht auf § 814 BGB berufen kann.

2. Die Entnahmen, deren Berechtigung der Kläger nicht nachweisen kann, mindern sich jedoch möglicherweise aus einem anderen Grunde.

§ 7 des Gesellschaftsvertrages hatte u.a. bestimmt: Überschriften die mit Genehmigung des Beklagten gemachten Entnahmen des Klägers seinen Gewinnanteil, so sei der Differenzbetrag wie ein etwaiger Verlust der Gesellschaft zu behandeln. Das Entnahmerecht des Klägers bleibe auch bestehen.

wenn ein Reingewinn nicht zu erwarten sei. In diesem Falle sei der Kläger berechtigt, Entnahmen in der jeweiligen Höhe von einem Fünftel der laufenden Nettoeinkünfte des Beklagten zu machen, höchstens jedoch in der Höhe von monatlich 600 RM. Diese Berechtigung bestehe aber nur insoweit, als die anderweitigen Nettoeinkünfte des Klägers die Beträge unterschritten, zu deren Entnahme er berechtigt sei.

Der Kläger meint, auf Grund dieser Vereinbarung habe er auch in den Jahren 1940, 1941, 1942 und 1944, in denen keine Gewinne erzielt worden sind, je 7.200 RM, und im Jahre 1943, in dem auf ihn ein Gewinnanteil von 3.171,99 RM entfallen ist, weitere 4.028,01 RM, zusammen also 32.828,01 RM entnehmen dürfen. Aus § 8 des Gesellschaftsvertrages folge, daß die Entnahmen in dieser Höhe als vom Beklagten zu übernehmender Verlust anzusehen seien (Schriftsatz vom 14. Februar 1959 S. 6 GA Bl. 70). Wenn er in den Jahren 1943 und 1944 nur 5.547,18 und 5.495,95 RM entnommen habe (Angaben des Beklagten im Schriftsatz vom 9. April 1959 S. 11 GA Bl. 93), so beruhe das nur darauf, daß er infolge seiner Einberufung zur Wehrmacht keine ausreichende Kontrolle über die ihm zustehenden und seinem Konto gutgeschriebenen Beträge gehabt habe (Schriftsatz vom 25. Mai 1959 S. 7 GA Bl. 142).

Das Berufungsgericht hat das damit geltend gemachte, vom Gewinn unabhängige Entnahmerecht des Klägers aus zwei Gründen verneint:

a) Das Entnahmerecht habe "vernünftigerweise" zur Voraussetzung gehabt, daß der Kläger "in einer Firma aktiv mitarbeitete, die unter zumindest einigermaßen geordneten Verhältnissen noch einen gewissen Nutzwert hatte". Der Kläger habe jedoch in der Firma nicht mehr mitgearbeitet, und diese habe praktisch stillgelegt. Sie habe nur noch im Jahr 1943

Geschäfte getätigt. Deshalb habe das Entnahmerecht, außer im Jahre 1943, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage geruht.

b) Des weiteren verweist das Berufungsgericht darauf, daß der Kläger seit seiner Einberufung zur Wehrmacht im Jahre 1941 Wehrsold und Familienunterstützung erhalten habe. Das Berufungsgericht meint, der Kläger müßte sich diese Zahlungen anrechnen lassen, wenn sein Entnahmerecht als solches weiterbestanden hätte. Der dann übrig bleibende Betrag sei jedenfalls geringer als der Unterschiedsbetrag zwischen dem dem Beklagten zustehenden Rückzahlungsanspruch von 102.439,68 RM und dem etwaigen Abfindungsanspruch des Klägers von 90.000 RM.

In beidem kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden.

Insoweit ist zunächst von Bedeutung, daß der Beklagte - wie für die Revisionsinstanz unterstellt werden muß - dem Kläger während des Krieges nicht nur ganz allgemein weitere Entnahmen, sondern in den Jahren 1940 bis 1942 die Entnahme von je 7.200 RM, im Jahre 1943 die Entnahme von 5.547,18 minus 3.171,99 (Gewinnanteil) = 2.375,19 RM und im Jahre 1944 die Entnahme von 5.495,95 RM, insgesamt also die Entnahme von 29.471,14 RM gestattet und daß er diese Beträge als eigenen Verlust ausgewiesen hat. Daraus könnte sich nämlich ergeben, daß seinerzeit auch der Beklagte dem Kläger das hier streitige Entnahmerecht in vollem Umfang zugebilligt hat.

Im übrigen ist auf folgendes hinzuweisen:

Zu a): Nach dem Gesellschaftsvertrag sollte der Kläger bis zum 31. Dezember 1945 das Gesellschaftsverhältnis überhaupt nicht kündigen können. Wenn er später kündigte, sollte

er ohne Abfindung aus der Gesellschaft ausscheiden. Eine Abfindung sollte er nur erhalten, wenn der Beklagte starb oder seinerseits kündigte. Dafür hatte der Beklagte es übernommen, einen etwaigen Verlust, auch soweit er durch die Entnahme des Klägers von monatlich 600 RM entstehen würde, allein zu tragen.

Mit dieser gesellschaftsvertraglichen Regelung ist es unvereinbar, als Geschäftsgrundlage für das Entnahmerecht des Klägers dessen aktive Mitarbeit in einem Unternehmen anzusehen, das "unter zumindest einigermaßen geordneten Verhältnissen noch einen gewissen Nutzwert" hatte. Konnte der Kläger sich auch beim Wegfall eines solchen "Nutzwerts" nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis lösen, ohne dem Beklagten das Recht der Firmenfortführung zu belassen, dann konnte umgekehrt der Wegfall dieses Werts ihm auch nicht das Entnahmerecht nehmen.

Es kann sich vielmehr nur fragen, ob § 7 des Gesellschaftsvertrages dahin auszulegen ist, daß der Kläger im Interesse des Beklagten verpflichtet gewesen wäre, seine Arbeitskraft zur Erzielung anderweitiger Nettoeinkünfte einzusetzen, solange seine Mitarbeit in der Gesellschaft nicht erforderlich war. Im Rahmen dieser Prüfung scheidet aber die Zeit ab Januar 1941 von vornherein aus, weil der Kläger in dieser Zeit zum Wehrdienst einberufen war. Der Kläger könnte mithin unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt sein Entnahmerecht allenfalls für das Jahr 1940 verloren haben. Dazu hat das Berufungsgericht jedoch noch keine Feststellungen getroffen.

Zu b) wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob Wehrsold und "Familienunterstützung" wirklich als anderweitige "Nettoeinkünfte" des Klägers im Sinne der im § 7 des Gesell-

schaftsvertrages enthaltenen Anrechnungsbestimmung angesehen werden können.

Den Wehrsold erhielten die Angehörigen der Wehrmacht "zur Bestreitung ihrer persönlichen Bedürfnisse"; er wurde "auf andere Bezüge (Gehälter, Vergütungen, Löhne, Familienunterhalt, Wartegelder, Ruhegehälter, Renten und sonstige Versorgungsbezüge) nicht angerechnet" (§ 2 des Gesetzes über die Besoldung, Verpflegung, Unterbringung, Bekleidung und Heilfürsorge der Angehörigen der Wehrmacht bei besonderem Einsatz vom 28. August 1939 - RGBI I. S. 1531). Der Wehrsold war nach Dienstgraden abgestuft und betrug für die untersten Dienstgrade nur 30 RM monatlich (vgl. die Tabelle im Oertzenschen Taschenkalender für die Offiziere des Heeres 1943, S. 698). Unter diesen Umständen spricht vieles dafür, daß die gesellschaftliche Treuepflicht es dem Beklagten verboten haben würde, sich gegenüber dem Entnahmerecht des Klägers auf diese Wehrsoldzahlungen zu berufen, zumal der Beklagte selbst offenbar nicht zur Wehrmacht einberufen war.

Hinsichtlich der sog. Familienunterstützung ist von dem Einsatz-Familienunterhaltsgesetz (EFUG) vom 26. Juni 1940 - RGBI I S. 911 - und der VO zur Durchführung und Ergänzung dieses Gesetzes (EFU-DV) vom selben Tage - RGBI I S. 912) auszugehen.

Danach stand ein Anspruch auf Familienunterhalt in der Regel nicht dem Einberufenen selbst, sondern nur seinen unterhaltsbedürftigen Angehörigen zu. Auf diesen Familienunterhalt würde die Anrechnungsbestimmung jedenfalls ihrem Wortlaut nach nicht passen. Sollte das Berufungsgericht sie mit Rücksicht auf ihren Zweck gleichwohl für anwendbar halten, so würde es noch der Frage nachgehen müssen, ob nicht der Anspruch des Klägers auf monatlich 600 RM bei der Bemes-

sung des an seine Angehörigen etwa geleisteten Familienunterhalts gemäß § 17 Abs. 3 EFU-DV mindernd berücksichtigt worden ist. Bejahendenfalls würde nämlich dieser Umstand einer Anrechnung der Unterhaltszahlungen entgegenstehen, weil dann der Kläger bei Verneinung seines Entnahmerechts mehr Unterhalt erhalten haben würde.

In den Zahlungen könnten aber auch Beihilfen an den Kläger selbst enthalten gewesen sein, sei es nach § 10 Abs. 2 oder 3, sei es nach § 12 Abs. 1 EFU-DV. Für diese Beihilfen könnte nach der Anrechnungsbestimmung etwas anderes gelten als für den den Angehörigen gewährten Unterhalt.

III. Aus den oben II 2 dargelegten Gründen muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, das dabei auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben wird.

Dr. Fischer Dr. Kuhn Dr. Nörr Dr. Schulze Flock