

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 235/64

URTEIL

Verkündet am
16. November 1967
Heil,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des früheren Geschäftsführers Walter H [REDACTED],
B [REDACTED], F [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

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

gegen

die D [REDACTED] Norden GmbH, B [REDACTED], S [REDACTED]
[REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Karl T [REDACTED], B [REDACTED], He [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. November 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Bukow und Stimpel für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 9. März 1964 verkündete Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den 5. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen, der auch über die Kosten der Revisionsinstanz zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin nimmt den Beklagten, der ihr Geschäftsführer war, aus einer Reihe angeblicher Verfehlungen auf Zahlung von 203.759,87 DM und auf Auskunft über den Verbleib eines Betrages von 4.580 DM in Anspruch.

Das Landgericht hat den Beklagten durch Teilurteil verurteilt, an die Klägerin 63.589,79 DM zu zahlen und Auskunft über den Verbleib eines Betrages von 2.730,92 DM zu erteilen.

Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter, soweit er verurteilt worden ist,

während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. In prozessualer Hinsicht hat der Beklagte neben nicht mehr interessierenden Einwendungen geltend gemacht, für die Klage fehle das Rechtsschutzbedürfnis.

Als der Beklagte aus den Diensten der Klägerin ausschied - das war am 4. April 1960 - , waren die Z[REDACTED]-Dienst GmbH und der Kaufmann St[REDACTED] die beiden einzigen Gesellschafter der Klägerin. St[REDACTED] war auch Geschäftsführer der Klägerin und hat in dieser Eigenschaft die Klage erhoben. Er hat seine Gesellschaftsbeteiligung an die Z[REDACTED]-Dienst GmbH verkauft. Er soll, wie der Beklagte behauptet, mit der Klägerin vereinbart haben, daß er das Kostenrisiko des vorliegenden Rechtsstreits trage und alles erhalte, was mit Hilfe dieses Prozesses erlangt werde. Demgemäß habe der Geschäftsführer der Klägerin (Karl T[REDACTED]), so behauptet der Beklagte weiter, ihn (Beklagten) wegen des Klageanspruchs an St[REDACTED] verwiesen. Der Beklagte behauptet auch, St[REDACTED] und nicht die Klägerin habe die zur Vollstreckung des landgerichtlichen Urteils benötigte Bankbürgschaft über 72.000 DM beigebracht.

Das Berufungsgericht hält die Behauptung über die angebliche Vereinbarung für unsubstantiiert und die Bezugnahme auf das Zeugnis von St[REDACTED], T[REDACTED] und Tr[REDACTED] (das ist der damalige Geschäftsführer der Z[REDACTED]-Dienst GmbH) für unzulässig, weil sie auf Ausforschung gerichtet sei. Es hat das Vorbringen über die Beibringung der Bankbürgschaft und den hierzu angetretenen Beweis als verspätet



zurückgewiesen und hilfsweise ausgeführt, daß dieses Vorbringen nicht den Schluß zulasse, daß St. [REDACTED] wirtschaftlich der Gläubiger des Klageanspruchs sei.

Die Revision greift diese Stellungnahme zu Unrecht an.

1. Soweit sie davon spricht, die Klägerin habe die Klageforderung vor Klageerhebung an St. [REDACTED] abgetreten, geht es um eine Behauptung, die in den Tatsacheninstanzen nicht aufgestellt worden und darum in der Revisionsinstanz unbeachtlich ist.

2. Auch wenn Steves, wie der Beklagte in der Berufungsbegründung (S. 8, 9) behauptet hat, mit der Klägerin vereinbart hätte, daß er "einen etwaigen Gewinn aus diesem Prozeß für sich allein in Anspruch nehmen könne" und "persönlich für den Verlust (des Prozesses) einzustehen habe", wäre die Klägerin berechtigt, gerichtlich nachprüfen zu lassen, ob der Klageanspruch besteht. Sonst gäbe es niemanden, der den angeblichen Regreßanspruch gegen den Beklagten geltend machen könnte.

II. In materieller Hinsicht ist die Revision dagegen begründet.

Bei der Klägerin ist eine schwarze Kasse geführt worden. Aus ihr hat sich der Beklagte diejenigen Beträge zugeführt, zu deren Erstattung er von den Vorinstanzen verurteilt worden ist. Er verteidigt sich damit, die schwarze Kasse habe allen Gesellschaftern - damals war der Mitgliederbestand der Klägerin anders zusammengesetzt als heute - zu Entnahmen gedient, das sei der Sinn ihrer Einrichtung gewesen. Streit habe es nur über die Höhe der abwechselnden

aus dieser Kasse erlangten Vorteile gegeben. Dieser Streit sei aber beigelegt und darauf sei ihm, dem Beklagten, in Kenntnis des Sachverhalts Entlastung für seine Geschäftsführung erteilt worden.

Von den hierzu vernommenen Zeugen haben Georg Fr [REDACTED], Dr. W [REDACTED] und Erich He [REDACTED] von der schwarzen Kasse, von Streitigkeiten der Gesellschafter über ihre unterschiedliche Berücksichtigung hieraus und von einer globalen Beilegung dieser Streitigkeiten gesprochen.

1. Das Berufungsgericht hat die Beweisaufnahme nur unter dem Gesichtspunkt der Entlastung und nicht unter dem Gesichtspunkt einer Generalbereinigung gewürdigt. Demgemäß hat es darauf abgestellt, daß die Entlastung nur von solchen Ersatzansprüchen freistellt, die der Gesellschafterversammlung bei sorgfältiger Prüfung aller ihr gemachten Vorlagen und erstatteten Berichte erkennbar waren (so das Senatsurteil vom 30.10.1958 - II ZR 253/56 - LM § 46 GmbHG Nr. 4). Hierauf käme es nicht an, wenn es zu einer Generalbereinigung gekommen wäre.

Die Gesellschafter einer GmbH können sich dahin verständigen, daß sie auf ein inkorrektes Verhalten des Geschäftsführers, aus dem sie, wenn auch unterschiedlich, Vorteile erlangt haben, nicht mehr zurückkommen wollen. Eine solche Einigung hat organschaftlichen Charakter, weil auf einen Anspruch der Gesellschaft verzichtet wird. Der Gedanke, daß die Zustimmung der Gesellschafter zu einem Verstoß gegen § 81 a GmbHG nicht zur Straflosigkeit des Verantwortlichen führen kann (so BGHSt 3, 32), schließt einen zivilrechtlichen Verzicht der Gesellschaft auf Regreßansprüche nicht aus. Wäre eine Generalbereinigung vorgenommen wor-

den, so würde die Entlastung mehr formale Bedeutung haben und der in ihr enthaltene Anspruchsverzicht nicht davon abhängig gewesen sein, daß die mit der Klage verfolgten Ersatzansprüche bei der Beschlußfassung bekannt oder erkennbar waren. Denn dann bestimmt die von den Gesellschaftern gewollte Generalbereinigung den Inhalt der Entlastungs-erklärung.

Das Berufungsgericht hätte daher dem Vortrag des Beklagten über die angebliche Generalbereinigung bis ins letzte nachgehen und sich darüber schlüssig machen müssen, zu welchen Feststellungen insoweit die Aussagen von Fränkel, Dr. W. [REDACTED] und He [REDACTED] berechtigen.

2. Das Berufungsgericht ist den Bekundungen von St. [REDACTED] gefolgt. Das durfte es nicht, ohne zu prüfen, inwieweit St. [REDACTED] an dem Ausgang des Rechtsstreits interessiert ist.

a) Hierher gehört die Behauptung, St. [REDACTED] habe mit der Klägerin vereinbart, daß sie ihm alles zu überlassen habe, was sie vom Beklagten durch den vorliegenden Rechtsstreit erlange. Diese Behauptung ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts genügend substantiiert. Daran ändert es nichts, daß der Beklagte zu dieser Behauptung im Wege einer Schlußfolgerung gekommen ist und erläutert hat, woraus er diese Folgerung gezogen hat. Der Beklagte war bei dem behaupteten Vertragsschluß nicht zugegen. Wenn, wie er vorträgt, St. [REDACTED] durch diese Abrede Sondervorteile für sich anstrebte, konnte er auch nicht erwarten, über die Vereinbarungen unterrichtet zu werden. Er war daher auf eine Folgerungsbehauptung angewiesen. Sie diente nicht dazu, Tatsachen für neue Behauptungen oder Einwendungen zu gewinnen, sondern war für sich geeignet, darzutun, daß

St[REDACTED] ein persönliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hat. Damit sind die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung und das Schrifttum an einen unzulässigen Ausforschungsbeweis stellen (vgl. z. B. RG HRR 1940, 619; Baumbach/Lauterbach, ZPO § 282 Anm. 2), nicht gegeben.

b) Die Behauptung über die Bankbürgschaft durfte nicht als verspätet zurückgewiesen werden, da noch die vorstehend erörterten Prüfungen vorzunehmen waren.

Auch die Hilferwägung, die das Berufungsgericht zu dieser Behauptung angestellt hat, ist rechtlich nicht einwandfrei. Hat St[REDACTED] die zur Vollstreckung des landgerichtlichen Urteils erforderliche Bankbürgschaft seinerseits beigebracht, so ist das ein wichtiges Indiz dafür, daß St[REDACTED] der Nutznießer des vorliegenden Rechtsstreits ist. Denn ohne eigenes Interesse an baldiger und erfolgreicher Vollstreckung wird kaum jemand aus seiner eigenen Tasche die Kosten für eine Bankbürgschaft über 72.000 DM beibringen.

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben.

Es erschien angebracht, die Sache an einen anderen Senat zu verweisen.

Bei der erforderlich gewordenen anderweiten Verhandlung wird auch dem nachgegangen werden müssen, daß es Streit über die Berücksichtigung der einzelnen Gesellschafter aus der schwarzen Kasse gegeben hat und daß dieser Streit nach Behauptung des Beklagten gerade die ihm von den Vorinstanzen zur Last gelegten Sachverhalte betroffen haben soll. Denn das könnte für die Annahme einer Generalbereinigung indiziell von Bedeutung sein.

Die Kostenentscheidung hängt vom endgültigen Ausgang des Streits über das landgerichtliche Teilurteil ab und war daher dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Bukow

Stimpel

r