

II ZR 248/62

Verkündet
am 7. Dezember 1964
Heil, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2105 064

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

In dem Rechtsstreit

1. der offenen Handelsgesellschaft Johannes S.,
Werkstätten für Eisenbau und Metallbearbeitung,
B., W. Straße, vertreten durch
die Beklagten zu 2) und 3),
 - 2) des Schlossermeisters Johannes S., ebenda,
 - 3) der Kauffrau Ingeborg W. geborene S., ebenda,
- Beklagten und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Kaufmann Paul F., B.,
Straße,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 7. Dezember 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn,
Dr. Körr, Dr. Bukow und Dr. Schulze

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das am 13. November 1962 verkündete
Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
wird zurückgewiesen. Die Beklagten haben die Kosten
der Revisionsinstanz als Gesamtschuldner zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 6. März 1956 gründeten der Kläger und die Beklagte zu 1), die eine offene Handelsgesellschaft ist und deren persönlich haftende Gesellschafter die Beklagten zu 2) und 3) sind, eine GmbH, die das Unternehmen der offenen Handelsgesellschaft fortführen sollte. Dabei war bestimmt, daß dieses Unternehmen schon ab 1. Januar 1956 als für Rechnung der GmbH geführt gelten solle. Schon bald nach der Gründung traten Unstimmigkeiten zwischen den Parteien auf. Die GmbH wurde nicht ins Handelsregister eingetragen. Sie wurde durch Vergleich vom 7. Juli 1959 mit Ablauf des 30. Juni 1959 für beendet erklärt. Im Einverständnis mit dem Kläger setzten die Beklagten zu 2) und 3) das Unternehmen fort. Die Parteien streiten über die Abschichtung des Klägers.

Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen.

Beide Parteien haben Berufung eingelegt.

In der Berufungsinanz hat sich der Kläger ein Auseinandersetzungsguthaben von 23 272,55 DM errechnet und Zahlung dieses Betrages verlangt, wobei er gebeten hat, einer Abtretung von 1 414,62 DM Rechnung zu tragen. Außerdem hat er Freistellung von einer Darlehensschuld in Höhe von 8 665,17 DM begehrt.

Das Berufungsgericht hat dem Freistellungsantrag in vollem Umfang und dem Zahlungsantrag in Höhe von 21 766,55 DM stattgegeben und die weitergehende Berufung des Klägers und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

- 3 -

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Klagabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht beurteilt die Auseinandersetzung der Gründergesellschaft nach den §§ 738 ff BGB.

Das ist richtig. Die gegründete GmbH ist mangels Eintragung ins Handelsregister nicht zur Entstehung gelangt. Die Gründergesellschaft hat sich nicht darauf beschränkt, Geschäfte abzuschließen, die der Herbeiführung der Eintragung und der Einrichtung eines Geschäftsbetriebes dienten, sondern ist vielmehr verbend tätig geworden. Sie hat ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betrieben und hierzu die Firma der Beklagten zu 1) benutzt. Das Unternehmen der beklagten offenen Handelsgesellschaft konnte allerdings nicht bis zur Eintragung der gegründeten GmbH stillgelegt werden. Denn es war Gegenstand der Einlage der Beklagten zu 1) und mußte fortgesetzt werden, um den Wert dieser Einlage zu erhalten. Die GmbH-Gründer haben es aber mehrere Jahre lang unter gemeinsamer Firma weiter betrieben, ohne die Eintragung der GmbH herbeizuführen. Damit sind für die Gründergesellschaft die Voraussetzungen für die Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft gegeben (EGHZ 20, 281, 287; 22, 240; BGH WM 1958, 1134). Es ist daher eine neue offene Handelsgesellschaft entstanden, deren Gesellschafter der Kläger und die Beklagte zu 1) sind. Hierfür ist es ohne Bedeutung, daß beide für ihren gesellschaftlichen Zusammenschluß nicht die Rechtsform der offenen Handelsgesellschaft gewollt haben und für das gemeinsame Unternehmen ihre Haftung beschränken

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



wollten (BGHZ 10, 97; 22, 245; 32, 310). Für die Wortung der Gründergesellschaft als offene Handelsgesellschaft ist es auch unerheblich, daß sie die Firma der Beklagten zu 1) benutzt hat und dies unzulässig war. Denn die Entstehung einer offenen Handelsgesellschaft hängt nicht davon ab, daß die benutzte Firma zulässig ist (BGH LM § 133 HGB Nr. 3).

Der Vergleich vom 7. Juli 1959 hatte daher die Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft zum Inhalt. Aus diesem Grunde kommen auch nicht, wie die Revision meint, die Vorschriften des GmbH-Rechts für die Auseinandersetzung und die sonstigen Parteibeziehungen in Frage.

II. Den Vergleich vom 7. Juli 1959 haben der Kläger und die Beklagten zu 2) und 3) zur Bereinigung zweier Prozesse geschlossen, die zwischen ihnen schwebten und an denen die Beklagte zu 1) nicht beteiligt war. Das Berufungsgericht hat den Vergleich dahin ausgelegt, daß er auch im Namen der Beklagten zu 1) geschlossen worden sei. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

III. Das Berufungsgericht legt der Auseinandersetzungsrechnung die beiderseitigen Einlagen zugrunde und nimmt an, daß der Kläger die von ihm übernommene Einlage von 15 000 DM auch geleistet habe.

Die Revision will den gegebenen Tatsachen dagegen entnommen wissen, der Kläger habe keine Einlage erbracht.

Dem Kläger stand ein vom Lastenausgleichsamt bewilligtes Aufbaudarlehen von 30 000 DM zu. Aus diesem Darlehen sollte seine Einlage geleistet und der darüber hinausgehende Betrag

der gegründeten GmbH darlehensweise zur Verfügung gestellt werden. Zur Sicherung des Aufbaudarlehens übernahmen die Beklagten zu 2) und 3) die selbstschuldnerische Bürgschaft. Es kam über die Bank für Handel und Industrie zur Auszahlung. Dem lag ein zwischen der Bank und dem Kläger am 7. März 1956 geschlossener Vertrag zugrunde. Die Zahlungen der Bank flossen der Gründergesellschaft zu. Als sie die Höhe von 27 715,17 DM erreicht hatten, kündigte die Bank das Aufbaudarlehen. Das war am 26. Oktober 1956. Das Aufbaudarlehen ist in Höhe von 400.- DM durch Verrechnung einer dem Kläger zuerkannten Hausratsentschädigung getilgt worden. Den danach verbleibenden Betrag tilgten die Beklagten zu 2) und 3) auf Grund Vereinbarung mit der Bank ratenweise. Bei Auflösung der Gesellschaft der Parteien am 20. Juni 1959 waren noch 20 015,17 DM und zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch 8 665,17 DM offen. Zunächst buchte die Gründergesellschaft die erhaltenen 27 715,17 DM in Höhe von 15 000 DM als Einlage des Klägers und in Höhe von 12 715,17 DM als ein ihr vom Kläger gewährtes Darlehen (vgl. Bl. 71 d. Akten). Bei Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz belastete der vereidigte Buchprüfer V. [REDACTED] mit Rücksicht auf die Kündigung des Aufbaudarlehens das Kapitalkonto des Klägers mit 27 715,17 DM. Das alles ist unstreitig.

Die Revision wirft dem Berufungsgericht vor, es habe die Ziffer 8 des Gründungsvertrages übersehen. Sie entnimmt dieser Bestimmung, das Aufbaudarlehen habe von der Gründergesellschaft zurückgezahlt werden sollen, und meint, dies könne nicht anders beurteilt werden, als wenn Stammeinlagen aus einem Darlehen geleistet werden, dessen Rückzahlungsschuldner die eingetragene GmbH sei (vgl. hierzu BGHZ 28, 77).

Die Ziffer 8 des Gründungsvertrages sagt nicht, daß das Aufbaudarlehen von der GmbH zurückgezahlt werden soll. Sie bestimmt vielmehr, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang (BU S. 26 und S. 33) angenommen hat, einmal, daß im Fall der Auseinandersetzung der Gesellschaft die Tilgung des Aufbaudarlehens Vorrang vor der Berücksichtigung der einzelnen Gesellschafter habe; und zum anderen, daß dieses Darlehen in Höhe von 5 800.- DM für Investitionen und in Höhe von 24 200 DM als Betriebsmittel verwendet werden müssen. Hierauf und nicht auf die Rückzahlung des Darlehens bezieht sich die weitere unter der Ziffer 8 des Gründungsvertrages getroffene Abrede, die Verpflichtungen aus dem das Aufbaudarlehen betreffenden Verträge müßten von der GmbH ausgeführt werden, soweit sie die Gesellschaft betreffen.

Das Berufungsgericht stützt seine Feststellung, daß der Kläger seine Einlage geleistet habe, darauf, daß der Gesellschaft der Parteien bis zu ihrer Auflösung am 30. Juni 1959 der als Einlage versprochene Betrag von 15 000 DM voll zur Verfügung gestanden hat und daß die Beklagten zu 2) und 3) bis zu diesem Zeitpunkt nur 7 700 DM von dem Aufbaudarlehen getilgt und die Abzahlungen zwar aus Gesellschaftsmitteln, aber zu Lasten ihres Entnahme- und Gewinnrechts geleistet haben. Diese unstreitigen Tatsachen schließen selbst bei Richtigkeit der von der Revision befürworteten Auslegung der Ziffer 8 des Gründungsvertrages die Annahme aus, die Gesellschaft der Parteien oder die Beklagten hätten dem Kläger bei der Aufbringung seiner Einlage geholfen, so daß es gar nicht erst darauf ankommt, daß dies bei der offenen Handelsgesellschaft im Hinblick auf die Vertragsfreiheit durchaus erlaubt ist.

IV. Die Revision hat auch nicht Recht, wenn sie meint, durch die Kündigung des Aufbaudarlehens sei "die Geschäftsgrundlage für die Bewertung des Kapitalanteils entfallen".

Infolge dieser Kündigung hat die Gesellschaft der Parteien den auf das Aufbaudarlehen zur Auszahlung gelangten Betrag nicht so lange nutzen können, wie sich das ihre Gründer vorgestellt hatten. Aus diesem Grunde mag weniger Gewinn erzielt worden sein, als wenn der ganze zugesagte Betrag ausgezahlt worden wäre und mit ihm längere Zeit ungeschmälert hätte gearbeitet werden können. Aber das ist entgegen der Ansicht der Revision kein Gesichtspunkt, die Einlage des Klägers nur mit einem Bruchteil ihres Nominalwerts anzunehmen. Denn infolge der unvorhergesehenen Kündigung des Aufbaudarlehens hat sich an der Einlage des Klägers nichts geändert. Die von den Beklagten zu 2) und 3) auf das Aufbaudarlehen vorgenommenen Rückzahlungen haben dieses Darlehen bis zur Gesellschaftsauflösung nicht unter den Betrag der vom Kläger geschuldeten und voll geleisteten Einlage gedrückt.

V. Damit ist auch die Ansicht der Revision unrichtig, dem Kläger stehe deshalb kein Anteil am Gewinn zu, weil er eine Einlage nicht erbracht habe.

Eine andere Frage ist es, ob dem Kläger die Hälfte des Gewinns zusteht.

Das hat das Berufungsgericht auf der Grundlage der vereinbarten Gewinnbeteiligung an der vorgesehenen GmbH angenommen, muß aber auch für die vom Kläger und der Beklagten zu 1) zur Entstehung gebrachten offenen Handelsgesellschaft gelten. Denn beide wollten sich den Gewinn des von ihnen gemeinsam betriebenen Unternehmens teilen.

So sind die Parteien während des Bestehens der Gesellschaft auch bei Aufstellung der Bilanzen verfahren, wie das Berufungsgericht ausdrücklich feststellt (BU S. 19).

VI. Das Berufungsgericht legt der Ermittlung des Gewinns nicht die Berechnungen des gerichtlichen Sachverständigen (Provinsky), sondern die vom Finanzamt vorgenommenen Schätzungen zugrunde. Es kommt so statt eines von diesem Sachverständigen angenommenen Gewinns von 29 249,88 DM zu dem vom Finanzamt angenommenen Gewinn von 60 719,61 DM. Dies stützt es darauf, daß eine finanzamtliche Betriebsprüfung ergeben hat, daß zahlreiche und erhebliche Einnahmen unverbucht geblieben sind, was dem Sachverständigen Provinsky verborgen geblieben und von den Beklagten im vorliegenden Prozeß im einzelnen auch nicht bestritten worden ist.

Hierbei hält die Revision die Vorschrift des § 286 ZPO für verletzt, weil das Berufungsgericht dem Antrag der Beklagten, ein Obergutachten einzuholen, nicht stattgegeben habe.

In der Regel ist die Ablehnung des Antrages auf Einholung eines Obergutachtens kein Verfahrensverstoß (BGH NDR 1953, 605). Denn nach § 412 ZPO steht die Einholung eines solchen Gutachtens im freien Ermessen des Gerichts. Ein Ausnahmefall, in dem eine verfahrensrechtliche Pflicht zur Einholung eines Obergutachtens besteht, kann vorliegend nicht anerkannt werden. Die Beklagten haben dadurch, daß sie die Bücher nicht ordnungsgemäß führten und in erheblichem Umfang Einnahmen nicht verbuchten, die einwandfreie

Feststellung des Gewinns unmöglich gemacht. Sie haben, wie das Berufungsurteil (S. 20) zutreffend ausführt, keine konkreten Tatsachen vorgetragen, die eine solche Feststellung ermöglichen oder die finanzamtlichen Schätzungen als unrichtig erkennen lassen. Das Berufungsgericht hat berücksichtigt, daß in jeder Gewinnermittlung, die nicht auf einwandfreie Unterlagen zurückgreifen kann, ein Unsicherheitsfaktor enthalten ist. Auch jeder weitere vom Gericht bestellte Sachverständige wäre auf Schätzungen angewiesen. Dass er möglicherweise zu anderen Schätzergebnissen kommt, begründet entgegen der Ansicht der Revision keine Pflicht zur Einholung eines Obergutachtens.

VII. Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, den Gewinn um einen Unternehmerlohn für die Beklagten zu 2) und 3) zu kürzen, die allein für die Gesellschaft der Parteien tätig geworden sind, während es zu der vorgeschenen Mitarbeit des Klägers nicht gekommen ist.

Es stellt fest, daß nicht bloss der Kläger und der Beklagte zu 2) sondern auch die Beklagte zu 3) zur tätiger Mitarbeit im Betrieb habe verpflichtet sein und die Vergütung allein in der Gewinnbeteiligung habe bestehen sollen.

Die Revision greift auch diese Feststellung an. Sie wirft dem Berufungsgericht einmal vor, es habe einen entscheidenden Gesichtspunkt außer Acht gelassen, nämlich, daß die Mitarbeit des Beklagten zu 2) durch die Mitarbeit des Klägers habe aufgewogen werden sollen. Zum anderen rügt sie, daß der angebotene Beweis für die Behauptung, der Kläger habe ohne Grund seine Mitarbeit verweigert, nicht erhoben worden ist.

Diese Angriffe sind unbegründet.

Das Berufungsgericht hat (BU S. 22, 17/18) ausgeführt: Die Beklagten zu 2) und 3) hätten einen Arbeitsvergütungsanspruch, wenn überhaupt, nur daraus herleiten können, daß der Kläger jede Mitarbeit vertragswidrig verweigert habe und zur Erfüllung seiner Aufgaben auch gar nicht fähig gewesen sei. Mit dieser Behauptung könnten sie jedoch nicht mehr gehört werden, da dem der Vergleich vom 7. Juli 1959 entgegenstehe. Durch diesen Vergleich habe der Streit darüber, ob die Beklagten zu 2) und 3) infolge der unterbliebenen Mitarbeit des Klägers einen Anspruch auf ein Entgelt für ihre Tätigkeit hätten, miterledigt werden sollen.

Diese Annahme liegt auf tatsächlichem Gebiet. Sie unterliegt keinen rechtlichen Bedenken und schließt sowohl den Vorwurf der Außerachtlassung eines entscheidenden Gesichtspunkts wie den Vorwurf der unberechtigten Übergehung von Beweisangeboten aus.

VIII. Das Berufungsgericht kürzt den vom Finanzamt geschätzten Gewinn um die noch nicht berücksichtigten Kosten der beiden Vorprozesse, da sie nach der Ziffer 5 des Vergleichs vom 7. Juli 1959 als Geschäftsunkosten behandelt werden sollten. Andererseits setzt es 1 915,23 DM hinzu, da die Gesellschaft der Parteien die gesamten Zinsen für das Aufbaudarlehen (3 105,40 DM) abgebucht hat, sie dagegen nur die Zinsen eines Teilbetrages von 12 715,17 DM angingen, während der Kläger die Zinsen für den auf seine Einlage entfallenen Teil des Aufbaudarlehens zu tragen habe. Das Berufungsgericht kommt auf diese Weise zu einem

Reingewinn von 58 121,77 DM und zu einem Gewinnanteil für den Kläger von 29 060,88 DM. Diesen Betrag setzt es der Einlage von 15 000 DM hinzu und zieht davon die Entnahmen des Klägers in Höhe von 7 193,72 DM ab. Hierzu addiert es einen dem Kläger zustehenden Kostenerstattungsanspruch (1 414,62 DM) und den bei Gesellschaftsauflösung von den 12 715,17 DM noch offenen Darlehensrest (5 015,17 DM). Andererseits zieht es die den Beklagten zu 2) und 3) zu erstattenden Zinsen (1 915,23 DM) und von ihnen bis zur Auflösung der Gesellschaft auf das Aufbaudarlehen abgezahlte 10 950,-- DM ab.

Das alles unterliegt keinen rechtlichen Bedenken.

Von dem sich bei dieser Berechnung für den Kläger ergebenden Auseinandersetzungsguthaben von 30 431,72 DM setzt das Berufungsgericht den zur Zeit der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung noch nicht getilgten Betrag des Aufbaudarlehens (8 665,17 DM) ab und verurteilt die Beklagten in Höhe der sich danach ergebenden 21 766,55 DM zur Zahlung und in Höhe von 8 665,17 DM zur Befreiung des Klägers von seiner Schuld aus dem Aufbaudarlehen.

Durch diese Aufteilung in eine Zahlungs- und eine Befreiungsverurteilung sind die Beklagten nicht beschwert. Es braucht daher zu ihr nicht Stellung genommen zu werden.

IX. Das Berufungsgericht billigt dem Kläger 5 % Zinsen zu. Die Revision hält bloss 4 % für berechtigt, weil der Kläger nicht Kaufmann sei, da er während des Bestehens der Gesellschaft der Parteien keinerlei kaufmännische Arbeit

geleistet habe und seine Eigenschaft als Gründer einer GmbH ihn nicht zum Kaufmann mache.

Die Kaufmannseigenschaft des Klägers ergibt sich jedoch daraus, daß aus der Gesellschaftsgründung eine offene Handelsgesellschaft entstanden ist. Im Hinblick hierauf war diese Eigenschaft nicht von der Ausführung kaufmännischer Arbeiten abhängig.

X. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97, § 100 Abs. 4 ZPO.

Dr. Fischer Dr. Kuhn Dr. Nörr Dr. Bukow Dr. Schulze