

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 254/63

URTEIL

Verkündet am

12. Mai 1966
Heil,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Autokaufmanns Josef K [REDACTED] in Füll[REDACTED],
L[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Fahrschulinhaber Erwin K [REDACTED] in Füll[REDACTED],
L[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Nörr, Dr. Bukow, Fleck und Stimpel

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in München vom 8. Mai 1963 wird zurückgewiesen, soweit das Oberlandesgericht die Anschlußberufung des Beklagten gegen Ziffer I des Teilurteils der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Kempten vom 8. Mai 1962 zurückgewiesen hat.

Im übrigen wird das Urteil des Oberlandesgerichts auf die Revision des Beklagten aufgehoben.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Diesem bleibt auch die Entscheidung über die Kosten der Revision überlassen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder. Sie betrieben mit ihrer Mutter (Antonie K[REDACTED]) und einem weiteren Bruder (Anton K[REDACTED]) seit dem Jahre 1934 zunächst in Form einer offenen Handelsgesellschaft, seit 1952 in Form einer Kommanditgesellschaft ein Unternehmen. Als Gegenstand dieses Unternehmens gaben sie in der Registeranmeldung von 1952 den Betrieb von Omnibusausflugs- und -gelegenheitsverkehr, einen Taxibetrieb, eine Autoreparaturwerkstatt, den Handel mit Kraftfahrzeugzubehör und Ersatzteilen sowie den Handel mit Betriebsstoffen aller Art an. Hierzu stand ihnen das Nachlaßgrundstück der Parteien zur Verfügung, das einer Erbengemeinschaft gehört, die mit den Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft nur teilweise personengleich ist.

Von dem Unternehmen übertrug Antonie K[REDACTED], die seit 1952 alleinige persönlich haftende Gesellschafterin war, dem Beklagten mit Wirkung vom 1. Januar 1957 "zur alleinigen und persönlichen Nutzung" den Betrieb der Tankstelle, die dazu gehörenden Verkaufs-, Wasch- und Schmierräume, Werkstätten und Lagerräume, eine Garage, Maschinen und Werkzeuge sowie einen Leichenwagen. Mit diesen Unternehmensbestandteilen führt der Beklagte seither Geschäfte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Im August 1957 übernahm er außerdem die Werkvertretung der F[REDACTED]-Automobile. Dafür, daß ihm Teile des Gesellschaftsunternehmens überlassen waren, hat er nach seiner Behauptung Gesellschaftsschulden in Höhe von über 40.000 DM übernommen und im Laufe der Zeit abgetragen.

Der Kläger behauptet, weder er noch sein Bruder Anton hätten der Übertragung zugestimmt. Er hält diese deshalb



für unwirksam und den Beklagten für verpflichtet, der Gesellschaft sämtliche von ihm geführten Geschäftszweige mit den dazugehörenden Forderungen, Rechten und Sachen sowie den von ihm seit dem 1. Januar 1957 erzielten Geschäftsgewinn herauszugeben.

Den im Wege der Stufenklage in erster Linie gestellten Anträgen des Klägers, den Beklagten zu verurteilen, der Gesellschaft ein Bestandsverzeichnis vorzulegen und über die von ihm geführten Geschäfte Rechnung zu legen, hat das Landgericht stattgegeben, allerdings Vermögensbestandteile und Geschäftsvorgänge der F-Vertretung hiervon ausgenommen; insoweit hat es die Auskunft-, Rechnungslegungs- und Herausgabeanträge abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Klägers die F-Vertretung in die Verurteilung einbezogen und wegen des Antrags auf Herausgabe dieses Geschäftsbestandteils die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Die Anschlußberufung des Beklagten hat es zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte die Abweisung der Klage weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist teilweise begründet.

1. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß die am 1. Januar 1957 vollzogene Übertragung einzelner Geschäftszweige an den Beklagten zu alleinigem Nutzen ein Geschäft war, das über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausging, daß der persönlich

haftenden Gesellschafterin zu diesem Geschäft, weil es mit einem Mitgesellschafter abgeschlossen wurde, trotz der Vorschrift des § 126 Abs. 2 HGB die Vertretungsmacht fehlte und daß die Übertragung infolgedessen mangels Zustimmung der übrigen Gesellschafter unwirksam war. Diese Ausführungen entsprechen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 38, 26, 33/34). Sie werden von der Revision auch nicht angegriffen.

Die Wirksamkeit der Übertragung wurde, wie dem Berufungsgericht ebenfalls zuzustimmen ist, nicht dadurch herbeigeführt, daß die Mutter der Parteien die Übertragung aus eigenem Recht wiederholte, nachdem sie, Anton K. und der Beklagte am 23. Januar 1959 die Auflösung der Gesellschaft beschlossen hatten. Der Beklagte hätte dadurch die Nutzungsrechte zu Lasten der Gesellschaft nur erwerben können, wenn zuvor die Mutter das Gesellschaftsvermögen erworben und darüber wirksam hätte verfügen können. Das war aber nicht der Fall. In dem Auflösungsbeschluß war zwar vorgesehen, daß die Gesellschaft rückwirkend zum 31. Dezember 1956 aufgelöst und das gesamte Gesellschaftsvermögen zu diesem Zeitpunkt auf die Mutter übergehen sollte. Dieser Beschluß war aber unwirksam. Denn ihm fehlte, weil der Kläger widersprochen hatte, die erforderliche Zustimmung aller Gesellschafter. Im Gesellschaftsvertrag ist allerdings vorgesehen, daß die Auflösung der Gesellschaft mit Dreiviertel-Mehrheit beschlossen werden kann. Hierunter sind aber, da eine solche Ausnahmebestimmung eng auszulegen ist (vgl. BGHZ 8, 35, 39), nur Auflösungsbeschlüsse mit gewöhnlicher Liquidationsfolge zu verstehen. Der Auflösungsbeschluß, der rückwirkend den liquidationslosen Übergang des Gesellschaftsvermögens auf einen Gesellschafter vorsah, war daher durch jene Vertragsbestimmung nicht gedeckt.

Der Beklagte hat allerdings noch gemeint, die Übertragung sei jedenfalls aus anderen Gründen wirksam geworden. Anton K. habe sich einverstanden erklärt. Der Kläger, der auf dem Geschäftsgrundstück gewohnt und von dort seine Fahrschule betrieben habe, habe aus verschiedenen Umständen erkannt, daß er, der Beklagte, die umstrittenen Geschäftsbestandteile übernommen und auf eigene Rechnung weitergeführt habe. Dennoch habe der Kläger bis Anfang 1959 keinen Widerspruch erhoben. Er müsse sich deshalb nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als ob er zugestimmt habe.

Dieser Ansicht hat sich das Berufungsgericht schon deshalb nicht angeschlossen, weil es die vom Beklagten hierzu vorgetragenen Hilfstatsachen nicht für ausreichend angesehen hat, um die Kenntnis des Klägers von der vollzogenen Übertragung zu beweisen. Hiergegen erhebt die Revision verschiedene - auch verfahrensrechtliche - Bedenken. Auf diese braucht aber nicht eingegangen zu werden. Es kann unterstellt werden, daß der Kläger die Dinge im Laufe der Zeit durchschaut hat. Daraus ergibt sich noch nicht, daß sein späterer Widerspruch nach Treu und Glauben als unzulässige Rechtsausübung anzusehen ist. Der Beklagte hat selbst gesellschaftsvertragswidrig gehandelt, indem er Erwerbsgeschäfte der Gesellschaft ohne Einwilligung und ohne Wissen des Klägers auf eigene Rechnung übernahm und später nichts dazu tat, um den Kläger aufzuklären und ihm Gelegenheit zu geben, seinerseits hierzu Stellung zu nehmen. Hat sich ein Gesellschafter auf diese Weise über das Mitentscheidungsrecht eines anderen Gesellschafters hinweggesetzt, dann kann er weder das bloße Schweigen des Mitgesellschafters als Zustimmung deuten noch den Vorwurf erheben, dieser übe sein Entscheidungsrecht treuwidrig zu spät aus. Seiner Berufung auf Treu und Glauben steht unter

diesen Umständen sein eigenes vertragswidriges Verhalten entgegen.

2. Der Beklagte kann daher aus den mit seiner Mutter abgeschlossenen Überlassungsverträgen der Gesellschaft gegenüber keine Rechte herleiten. Infolgedessen muß er auf Verlangen des Klägers der Gesellschaft die übernommenen und noch vorhandenen Vermögensbestandteile herausgeben. Die Gesellschaft hat daneben einen Anspruch darauf, daß ihm der Beklagte zur Vorbereitung der Herausgabeklage ein Verzeichnis des Bestandes vorlegt (§ 260 Abs. 1 BGB). Diesen Anspruch hat der Beklagte nicht schon damit erfüllt, daß er auf die dem Kläger vorliegende Bilanz der Gesellschaft zum 31. Dezember 1957 verweist. Denn in dieser sind die übernommenen Wirtschaftsgüter nur in großen Zügen (pauschal) angegeben. Zu einem Bestandsverzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 1 BGB gehört eine genaue Zusammenstellung der einzelnen Gegenstände, die zu den herauszugebenden Sachinbegriffen gehören und die der Kläger benötigt, um den Herausgabeantrag zu substantiieren. Die Revision beanstandet daher zu Unrecht, daß das Berufungsgericht den Auskunftsanspruch als noch nicht erfüllt angesehen und den Beklagten zur Erteilung des Bestandsverzeichnisses verurteilt hat.

3. Im Grundsatz zu Recht hat das Berufungsgericht auch angenommen, daß der Beklagte der Gesellschaft den Gewinn herausgeben muß, den er aus dem Betrieb der übernommenen Geschäftszweige gezogen hat.

Dieser Anspruch läßt sich insbesondere aus der Erwägung herleiten, daß der Beklagte, soweit er unberechtigt Erwerbsgeschäfte der Gesellschaft auf eigene Rechnung

betrieb, der Gesellschaft unter Verletzung des Gesellschaftsvertrages Gewinn entzogen hat und hierfür schadensersatzpflichtig ist.

Daraus ergibt sich aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts noch nicht ohne weiteres, daß der Beklagte den gesamten Gewinn herausgeben muß, den er sich seit dem 1. Januar 1957 erarbeitet hat. Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht die Frage der Pflicht zur Erstattung des Gewinns sowohl hinsichtlich des Tankstellenbetriebes wie auch hinsichtlich der Fiat-Vertretung nicht in hinreichender Weise geprüft hat.

a) Über die Frage, ob der Beklagte den Gewinn aus dem Betrieb der Tankstelle herausgeben muß, enthalten die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils keine besonderen Ausführungen. Dazu bestand aber Anlaß. Der Beklagte hatte vorgetragen, daß er den Tankstellenbetrieb nicht etwa auf Grund des zuvor zwischen der Gesellschaft und der D. G. AG bestehenden Vertragsverhältnisses weitergeführt habe. Die Gesellschaft habe den Betrieb vielmehr Ende 1956 aufgeben müssen. Da Abrechnungsmängel aufgetreten seien, habe die G. AG die Treibstofflieferungen eingestellt und die Tanksäule geschlossen. Anfang 1957 hätten die Vertreter der G. AG vorgeschlagen, er, der Beklagte, solle die Tankstelle auf eigene Rechnung übernehmen. Sie hätten darauf bestanden, neue Verträge allein mit ihm zu schließen. Eine weitere geschäftliche Verbindung mit der Gesellschaft hätten sie abgelehnt.

Diese Behauptungen, die der Beklagte durch das Zeugnis des Direktors Gr. unter Beweis gestellt hat, sind rechtserheblich. Treffen sie zu, dann hat die Gesellschaft

keine Schadensersatzansprüche. Denn wenn sie den G-Vertrag in der Zeit nach dem 1. Januar 1957 nicht hätte vollziehen können und der Kläger - was bisher nicht geschehen ist - nicht behauptet und beweist, daß die Gesellschaft die Tankstelle in dieser Zeit anderweit genutzt hätte, dann wäre ihr auch kein Gewinn entgangen, den der Beklagte ersetzen müßte.

Kommen somit, wenn der Sachvortrag des Beklagten richtig ist, Zahlungsansprüche der Gesellschaft hinsichtlich des Tankstellenbetriebs nicht in Betracht, dann hat auch die Verurteilung zur Rechnungslegung über die Tankstellengeschäfte keine rechtliche Grundlage. Das Berufungsgericht hätte daher insoweit den Sachverhalt aufklären müssen.

b) Im Gegensatz zum Landgericht hat das Berufungsgericht den Beklagten auch zur Rechnungslegung über den Betrieb der F-Vertretung verurteilt. Es geht davon aus, daß die Gesellschaft bis zum Jahre 1955 eine M-Vertretung innegehabt, nach der Übertragung von Unternehmensteilen auf den Beklagten aber keinen Handel mit Kraftfahrzeugen mehr betrieben habe. Daraus müsse, so meint das Berufungsgericht, geschlossen werden, daß ein Geschäftszweig "Handel mit Kraftfahrzeugen" ebenfalls als Gegenstand des Übertragungsvertrages zu gelten habe, zumal der Kraftfahrzeughandel nur schwer vom Betrieb der übernommenen Reparaturwerkstätte zu trennen sei. Der Beklagte müsse sich daher hinsichtlich der F-Vertretung ebenso behandeln lassen wie hinsichtlich der sonstigen treuwidrig übernommenen Geschäftszweige, die Gewinne herausgeben und zunächst über die Geschäfte Rechnung legen.

Hierbei hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, ebenfalls wesentliche Teile des Parteivorbringens nicht ausreichend berücksichtigt. Der Beklagte hatte behauptet, die Gesellschaft habe nach Aufgabe der M-Vertretung keinen planmäßigen Handel mit Kraftfahrzeugen mehr betrieben, sondern Kraftfahrzeugverkäufe nur noch bei Gelegenheit in bescheidenem Umfang vermittelt. Unstreitig hat der Beklagte die F-Vertretung nicht von der Gesellschaft übernommen, sondern erst im August 1957 auf eigene Initiative im eigenen Namen neu eröffnet. Nach seiner weiteren unter Beweis gestellten Behauptung hätte die F AG es abgelehnt, mit der Gesellschaft Verträge abzuschließen.

Unterstellt man diese Behauptungen als richtig, dann hatte die Gesellschaft am 1. Januar 1957 praktisch überhaupt keinen Geschäftszweig mehr, der noch als Kraftfahrzeughandel hätte angesprochen werden können. Denn hierzu fehlte es an jeder nennenswerten Geschäftssubstanz, einer bestehenden Organisation, laufenden Geschäften und einem zugehörenden Kundenkreis. Die F-Vertretung, die sich der Beklagte selbst besorgt und aufgebaut hat, kann unter diesen Umständen nicht als Weiterführung oder bloßer Ausbau eines schon von der Gesellschaft geführten und von ihm übernommenen Gewerbebetriebs angesehen werden. Infolgedessen könnten Schadensersatzansprüche nicht bestehen, weil unter diesen Voraussetzungen kein Schaden der Gesellschaft ersichtlich ist. Anders wäre es nur, wenn der Kläger behaupten und beweisen könnte, daß die Gesellschaft an Stelle des Beklagten den F-Vertrag abgeschlossen oder einen anderen Kraftfahrzeughandel betrieben hätte, wenn sie nicht durch den Beklagten - weil dieser die dazu erforderlichen Einrichtungen in der Hand hatte - daran gehindert

worden wäre. Dafür gibt es aber in dem bisherigen Sachvortrag der Parteien keinen ausreichenden Anhaltspunkt. Das Berufungsgericht muß daher auch hinsichtlich der F-Vertretung zunächst noch Feststellungen treffen, bevor die Rechtslage insoweit abschließend beurteilt werden kann.

4. Die Revision erweist sich nach alledem als unbegründet, soweit es sich um den Anspruch auf Vorlage eines Bestandsverzeichnisses handelt. Insoweit ist die Revision zurückzuweisen. Im übrigen erfordert die Entscheidung des Rechtsstreits noch die Aufklärung der unter 3 a) und b) erörterten Sachverhalte. Sollte das Berufungsgericht danach hinsichtlich des Tankstellenbetriebs und der Fiat-Vertretung zur Abweisung der Klage kommen, so wird es genau festzustellen haben, welche sonstigen vom Beklagten übernommenen Betriebsbestandteile hinsichtlich der erhobenen Ansprüche von diesem Betriebsvermögen getrennt werden und Gegenstand der Verurteilung zur Rechnungslegung sein können.

Soweit das Berufungsgericht über den Anspruch auf Rechnungslegung und über die Kosten entschieden hat, muß daher das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden. Dem Berufungsgericht wird auch die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängige Entscheidung über die

Kosten der Revision übertragen.

Dr.Fischer Bundesrichter Dr.Bukow Fleck Stempel

Dr.Nörr ist orts-
abwesend und des-
halb nicht in der
Lage zu unter-
schreiben.

Dr.Fischer