

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 270/84

URTEIL

Verkündet am

20. März 1986
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Peter W. L[REDACTED], S[REDACTED]str. [REDACTED],
T[REDACTED], als Verwalter im Konkursverfahren über das
Vermögen des Herrn Karl-Heinz M[REDACTED], Sa[REDACTED], des Allein-
inhabers der Firma Heinrich M[REDACTED], Sa[REDACTED],

Klägers, Revisionsklägers
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Fritz M[REDACTED], K[REDACTED] Straße [REDACTED], Sa[REDACTED],

Beklagter, Revisionsbeklagter
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kellermann und die Richter Bundschuh, Dr. Seidl, Brandes und Röhrich

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Teil-Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 25. Oktober 1984 aufgehoben und das Teil-Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Trier vom 15. Januar 1982 geändert, soweit über den Zahlungsantrag in Höhe von 84.479,05 DM nebst Zinsen zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger weitere 84.479,05 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 31. März 1971 zu zahlen.

Im Umfange der weitergehenden Aufhebung (Anspruch auf weitere Zinsen) wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter des Vermögens des K.-H. M. Dieser und der Beklagte sind Brüder. Zusammen mit ihrer Mutter waren sie zu je 1/3 Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, aus der der Beklagte aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs mit Wirkung vom 31. März 1971 ausgeschieden ist. Die Abfindung erfolgte durch Realteilung in der Weise, daß der Beklagte das Möbelgeschäft übernahm, während Polsterei und Bodenverlegebetrieb bei der offenen Handelsgesellschaft verblieben. Am 25. April 1976 verstarb die Mutter. Sie wurde allein von K.-H.M. beerbt, der seitdem das Unternehmen einzelkaufmännisch weitergeführt hat. Über sein Vermögen ist am 20. Dezember 1985 das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt worden.

Anläßlich einer Betriebsprüfung kam die Steuerfahndung zu dem Ergebnis, daß der Beklagte in der Zeit von 1948 bis zum 31. März 1971 der Gesellschaftskasse insgesamt 723.516 DM entnommen hatte, ohne daß diese Gelder in den Büchern der Gesellschaft erfaßt worden waren.

Der Kläger klagt auf Rückzahlung von 376.823,05 DM. Bei der Errechnung dieses Betrages ist in erster Instanz von der Ausgleichsforderung ausgegangen worden, die die Steuerfahndung zu Gunsten von K.-H.M. und dessen Mutter in Höhe von 850.234,58 DM ermittelt hatte; dieser Betrag wurde dann um 1/3 sowie das Ergebnis um weitere 190.000 DM gekürzt. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 292.344 DM



stattgegeben und sie in Höhe von 84.479,05 DM abgewiesen. Seine Entscheidung hat es nicht auf die Ausgleichsforderung, sondern auf den niedrigeren Anspruch auf Rückzahlung der Entnahmen gestützt und hat diesen ebenfalls um 1/3 und 190.000 DM gekürzt. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten insgesamt und die des Klägers insoweit zurückgewiesen, als sie sich gegen die teilweise Aberkennung der Hauptforderung richtet. Die Entscheidung über die beantragte Verzinsung des zuerkannten Betrages, soweit sie 5 % überstieg, hat es sich vorbehalten. Das Berufungsgericht hat den Beklagten ferner zur Rechnungslegung über die Entnahmen verurteilt und die Klage abgewiesen, soweit festgestellt werden sollte, daß der Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger den aus der unberechtigten Entnahme entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen. Der Senat hat die Revision des Beklagten nicht angenommen und die des Klägers nur, soweit sie die Abweisung des Zahlungsantrags (84.479,05 DM nebst 10 % Zinsen) betrifft.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg, soweit der Senat sie angenommen hat.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte in der Zeit ab Mitte 1948 bis 31. März 1971 der Kasse der offenen Handelsgesellschaft rechtswidrig insgesamt 723.516 DM entnommen. Diesen Betrag hat das Berufungsgericht aufgrund einer Geldverkehrsrechnung in der Weise ermittelt, daß es den im einzelnen aufgeführten

Ausgaben für privaten Verbrauch und Vermögensbildung die dem Beklagten zu diesem Zweck zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel aus verbuchten Entnahmen, privaten Verkäufen, Miet- und Zinseinnahmen, Krediten und Sparguthaben gegenübergestellt hat; dieser Vergleich der beiden Positionen hat zu dem Ergebnis geführt, daß der Beklagte 723.516 DM mehr ausgegeben hat, als nach den Büchern und sonstigen Unterlagen vorhanden gewesen sind. Mangels anderer Geldquellen könne dieser Betrag nur aus dem Vermögen der offenen Handelsgesellschaft stammen, bei der er buchmäßig weder als Einnahme noch als Entnahme erfaßt worden sei.

Diese Feststellungen sind frei von Rechtsfehlern. Die Geldverkehrsrechnung ist eine mögliche Methode zum Schätzen verkürzter Gewinne, die auch dann, wenn es um die Ersatzpflicht eines Gesellschafters geht, nicht nur nach § 287 ZPO die Schätzung des Schadens ermöglicht, sondern nach Erfahrungssätzen auch ausreichenden Beweis dafür zu erbringen vermag, daß überhaupt eine Pflichtverletzung vorliegt. Das Berufungsgericht hat in unanfechtbarer tatrichterlicher Würdigung festgestellt, was der Beklagte im Vergleichszeitraum ausgegeben und an Vermögenswerten geschaffen hat und daß hinsichtlich des genannten Differenzbetrages keine andere Geldquelle als das Gesellschaftsvermögen in Betracht kommt.

a) Das Berufungsgericht hat sich eingehend damit auseinandergesetzt, ob der Beklagte andere Geldquellen hatte, aus denen er schöpfen konnte. Soweit der Beklagte behauptet hat, bis Ende 1955 Wertpapiere im Gesamtwert von 200.000 DM

besessen und nach der Währungsreform von seinem Vater Warenbestände erhalten zu haben, die nicht berücksichtigt worden seien, hält das Berufungsgericht die Behauptung für widerlegt. Danach hat der Beklagte erstmals in der Zeit von 1956 bis 1965 Wertpapiere erworben; soweit er sie später verkauft hat, sind die Erlöse in der Vergleichsrechnung erfaßt worden. Der Wert des Warenbestandes betrug am Tage der Währungsreform nur einige 100 Reichsmark. Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht bei diesen Feststellungen nicht unterlaufen.

Auch der Beklagte hat keine weiteren Geldquellen genannt, sondern - ohne eine reale Grundlage aufzuzeigen - nur als möglich hingestellt, daß die Gelder aus Grundstücksspekulationen, Aktiengewinnen oder anderen nicht versteuerten Einnahmen stammen könnten. Diesen nur theoretischen Überlegungen ist das Berufungsgericht mit Recht nicht weiter nachgegangen.

b) Das Berufungsgericht hat sich auch mit den Lebenshaltungskosten des Beklagten auseinandergesetzt und die von der Steuerfahndung angestellte Schätzung (jeweils jährlich bis 1952 3.000 DM, bis 1955 4.000 DM, bis 1965 11.500 DM und bis 31. März 1971 24.000 DM) in Anbetracht der Anzahl der Familienmitglieder (4 Personen) und jährlicher Urlaubsreisen an die Côte d'Azur seit Anfang der 60iger Jahre nicht für zu hoch gehalten. Diese im Tatsächlichen liegenden Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen und sind deshalb in der Revisionsinstanz bindend. Mehr brauchte das Berufungsgericht zu diesem Punkt angesichts der Tatsache nicht auszuführen, daß der

Beklagte weder die jährlichen Urlaubsreisen bestritten noch im einzelnen dargelegt hat, weshalb seine Lebenshaltungskosten niedriger waren als die Beträge, die von der Steuerfahndung aufgrund ihrer Erfahrungssätze und vom Berufungsgericht als für 4-Personen-Haushalte üblich angesehen wurden.

c) Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe für ein Grundstück in Frankfurt nicht nur den Kaufpreis von 60.000 DM, sondern insgesamt 68.370 DM, nämlich zusätzlich Kosten für Beurkundung und Umschreibung, ausgegeben, läßt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen. Wenn der Beklagte - anknüpfend an die Tatsache, daß in der Aussage des Zeugen L. [REDACTED] von Aufwendungen die Rede ist - auf den betriebswirtschaftlichen Unterschied zwischen Auszahlung und Aufwand verweist, so verkennt er, daß der Zeuge über die Posten der von ihm erstellten Geldverkehrsrechnung vernommen worden ist, bei denen es sich schon vom Begriff her ausschließlich um Zahlungen handelt, so daß der Zeuge das Wort "Aufwendungen" nicht im technischen Sinne gemeint haben kann. Das Ergebnis der Geldverkehrsrechnung ist - entgegen der Ansicht des Beklagten - auch nicht deshalb um die Ausgaben für das Grundstück zu kürzen, weil sie nicht mit Mitteln der Gesellschaft, sondern, wie der Beklagte behauptet, mit einem Darlehen in Höhe von 68.980 DM finanziert worden seien; dieses Darlehen ist in der Summe der Geldmittel enthalten, die in dem Vergleichszeitraum, in dem das Geld für das Grundstück ausgegeben worden ist, zur Auszahlung zur Verfügung gestanden hat.

d) Für die Frage, in welchem Umfange der Beklagte der Gesellschaft rechtswidrig Beträge entzogen hat, ist es

ohne Bedeutung, ob K.-H. M. Löhne schwarz gezahlt und 200.000 DM, ohne sie zu verbuchen, für sein Privathaus ausgegeben hat, ob wenigstens 100.000 DM an Einnahmen aus der geschäftlichen Tätigkeit K.-H. M. mit Mitarbeitern amerikanischer Behörden nicht erfaßt worden sind und ob zutrifft, was dem Beklagten ergänzend angelastet wird, daß er nämlich von den Kunden bestimmte Rechnungsbeträge anstatt für die offene Handelsgesellschaft für sich privat kassiert hat. Diese Punkte können das Ergebnis der Geldverkehrsrechnung nicht beeinflussen, so daß das Berufungsgericht darauf nicht weiter einzugehen brauchte.

e) Das Berufungsgericht hat - wie schon das Landgericht - dem Kläger keine Ausgleichsforderung, sondern einen Ersatzanspruch wegen rechtswidriger Entnahmen zuerkannt, bei dessen Berechnung es von 723.516 DM ausgegangen ist. Diesen Betrag hat es um 1/3 gekürzt, weil der Beklagte in dieser Höhe mit seinem Anteil an der Ersatzforderung abzufinden sei. Den verbleibenden Ersatzanspruch von 482.344 DM hat das Berufungsgericht um weitere 190.000 DM mit der Begründung gemindert, daß darüber unter den Parteien kein Streit bestände und es deshalb dahinstehen könne, auf welchem Rechtsgrund dieser Abzug beruhe. Diese Ausführungen greift der Kläger mit Recht an.

Die Revision verweist zutreffend darauf, daß das Berufungsgericht bei seinen Feststellungen, über die Kürzung des Ersatzanspruchs um 190.000 DM bestände kein Streit, übersehen hat, daß der Kläger nicht mehr eine Ausgleichs-, sondern eine Schadensersatzforderung geltend macht und daß er die 376.823,06 DM als Teilbetrag aller Entnahmen ohne Quotelung und ohne Kürzung der Gesamtforderung (723.516 DM)

um 190.000 DM fordert. Unter diesen Umständen war das Berufungsgericht gehalten, die Kürzung zu begründen. Ein Grund dafür ist nicht ersichtlich. Der Kläger hatte seine Forderung ursprünglich deshalb um 190.000 DM gekürzt, weil er damals bei ihrer Berechnung nicht von den rechtswidrigen Entnahmen, sondern von der Ausgleichsforderung ausgegangen war, die die Finanzbehörde zu Gunsten der Gesellschaft ermittelt hatte. Die Behörde hatte, als sie einen Ausgleich in Höhe von 850.234,58 DM errechnete, nicht berücksichtigt, daß der Beklagte im gerichtlichen Vergleich, in dem die Gesellschafter zum Zwecke der Abfindung des Beklagten die Realteilung festgelegt haben, eine Schuld der offenen Handelsgesellschaft gegenüber der Kreissparkasse in Höhe von 190.000 DM übernommen hatte. Der Grund, die Klageforderung um diesen Betrag zu kürzen, ist aber entfallen, seitdem der Kläger - wie laut Protokoll in der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 1983 ausdrücklich klargestellt worden ist - die Klage nicht mehr auf den Ausgleich, sondern auf den Ersatz unberechtigter Entnahmen stützt. Nach den zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichts sollte die Realteilung - abgesehen von den auf Untreue gegründeten Schadensersatzansprüchen - endgültig sein. Es besteht deshalb kein Grund, die bei dieser Teilung zugunsten der offenen Handelsgesellschaft und damit des Klägers berücksichtigte Schuldübernahme zu deren Lasten wieder rückgängig zu machen, wenn es um den Ersatz rechtswidriger Entnahmen geht.

2. Die dem Kläger danach zustehende Forderung in Höhe von 84.479,05 DM ist nicht verjährt. Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, daß die Verjährungsfrist für diesen Anspruch aus positiver Forderungsverletzung 30 Jahre beträgt und daß die Frist durch die Klageerhebung

rechtzeitig unterbrochen worden ist. Soweit der Beklagte der Ansicht ist, die 5jährige Verjährungsfrist des § 159 HGB müsse für den vorliegenden Fall entsprechend gelten, so übersieht er, daß die akzessorische Haftung des Gesellschafters für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber deren Gläubigern nicht vergleichbar ist mit einer Schuld des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft. Der Beklagte unterscheidet sich in diesem Punkt nicht von anderen Schuldnern der offenen Handelsgesellschaft, deren Verbindlichkeiten ebenfalls ausschließlich in der Frist verjähren, die sich aus der für das jeweilige Schuldverhältnis geltenden gesetzlichen Regelung ergibt.

3. Der Beklagte hat den zuerkannten Betrag nach § 111 i.V.m. § 352 Abs. 2 HGB mindestens in Höhe von 5 % und spätestens ab seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft zu verzinsen. Zur Entscheidung über den weitergehenden Zinsanspruch wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da bisher tatsächliche Feststellungen zu dem Zeitpunkt, an dem die 84.479,05 DM entnommen worden sind, ebenso fehlen wie zur Höhe des Verzugsschadens.

4. Das Berufungsgericht hat auch über die Kosten der Revision zu entscheiden. Dem Senat ist eine abschließende Quotelung der Kosten nicht möglich, weil die nicht auszuschließende Aberkennung eines Teils der Zinsforderung bei

der Kostenverteilung nach § 92 ZPO zu berücksichtigen wäre, soweit sie nicht verhältnismäßig geringfügig ist (vgl. BGH, Urt. v. 9.11.1960 - VIII ZR 222/59, LM ZPO § 92 Nr. 7).

Dr. Kellermann

Bundschuh
Brandes

Dr. Seidl

Röhricht