

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

ZPO § 320 Abs. 2 Satz 3, §§ 233 c, 549, 551 Nr. 7

Gegen den Ablauf der für den Antrag auf Tatbestandsberichtigung maßgebenden Dreimonatsfrist des § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO gibt es auch dann keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn das Urteil erst nach Ablauf dieser Frist zu den Akten gelangt ist.

ZPO § 551 Nr. 7 greift nicht ein, wenn die Entscheidungsgründe am letzten Tage der Fünfmonatsfrist des § 552 ZPO vorlagen und bis dahin noch nicht Revision angebracht war.

Kann die Dreimonatsfrist für den Antrag auf Tatbestandsberichtigung nicht gewahrt werden, weil Tatbestand und Entscheidungsgründe vor Ablauf dieser Frist noch nicht vorlagen, so bildet die behauptete Fehlerhaftigkeit des Tatbestandes nur dann einen Revisionsgrund, wenn sie entscheidungserheblich ist.

GmbHG §§ 34, 61

Auch die Satzung einer Zweimann-GmbH kann vorsehen, daß ein Gesellschafter aus wichtigem Grunde durch Gesellschafterbeschuß ausgeschlossen werden kann.

Die zeitweilige Außerkraftsetzung einer solchen Satzungsbestimmung ist auch ohne Einhaltung der für die Satzungsänderung maßgebenden Bestimmungen verbindlich, deckt aber solche Verfehlungen nicht, die nicht wenigstens im groben Umriß bekannt waren.

Nach einem Mitgliederwechsel können Pflichtwidrigkeiten, die der in der Gesellschaft verbliebene Gesellschafter bis zum Ausscheiden des anderen Gesellschafters begangen hat, nach diesem Ereignis nicht ohne Rücksicht auf die Verfehlungen des Ausgeschiedenen beurteilt werden.

Bei einer zweigliedrigen Gesellschaft kann ein Gesellschafter nicht ausgeschlossen werden, wenn zwar sein Verschulden überwiegt, das gesellschaftswidrige Verhalten des anderen Gesellschafters, gemessen an dem Verhalten des ersteren, aber als ein wichtiger Grund im Sinne des § 140 HGB anzusehen ist.

Als ein solcher Grund kann zu werten sein, daß das Vertrauen der Gesellschafter zueinander schuldhaft zerstört ist.

BGH, Urt.v.25. Januar 1960 - II ZR 22/59 OLG Frankfurt a/Main
LG Hanau

II ZR 22/59

Verkündet am 25. Januar 1960
Pfauz, Justizangestellter,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

des Kaufmanns Ernst B [REDACTED] in K [REDACTED] (Taunus),
[REDACTED]

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. W [REDACTED] -

g e g e n

die Mineralölwerk H [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihre Geschäfts-
führer, die Kaufleute Hans Ho [REDACTED] und Karl Sch [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. W [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 25. Januar 1960 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Haidinger, Dr. Kuhn, Dr. Haager und Dr. Reinicke
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das am
19. August 1958 verkündete Urteil des 4. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main
aufgehoben und die Sache zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung an das Berufungsgericht
zurückverwiesen, das auch über die Kosten der
Revisionsinstanz zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Im Jahre 1949 gründeten der Kläger und der Kaufmann Hermann P. die beklagte GmbH, deren Stammkapital von 30 000 DM durch Gesellschafterbeschuß vom 31. Juli 1954 auf 200 000 DM erhöht wurde. Während beide Gesellschafter ursprünglich je zur Hälfte beteiligt waren, betrug nach der Kapitalerhöhung die Beteiligung des Klägers unverändert 15 000 DM, die P.'s 185 000 DM. Beide sollten jedoch bis Ende 1955 das gleiche Stimmrecht haben. Beide waren von der Gründung der Gesellschaft an Geschäftsführer der Beklagten. Am 22. April 1955 trat P. seinen Geschäftsanteil an das Bankhaus K., L. & Co. (im folgenden Bank genannt) treuhänderisch ab. Am 28. April 1955 bestellten der Kläger und die Bank den Kaufmann Hans H. und den bisherigen Prokuristen der Beklagten, Karl S., zu Geschäftsführern. Am gleichen Tage erklärte sich der Kläger damit einverstanden, sich vorläufig jeder Geschäftsführertätigkeit zu enthalten. Von dieser Zusage trat er mit Schreiben vom 21. September 1955 zurück. Auf der von ihm und der Bank besuchten Gesellschafterversammlung vom 3. Oktober 1955 wurde er als Geschäftsführer abberufen. Darüber verhält sich der Rechtsstreit II ZR 207/57. Mit Schreiben vom 15. Dezember 1955 forderte der Kläger Hans H. und Karl S. auf, eine außerordentliche Gesellschafterversammlung zwecks Ausschließung der Bank einzuberufen. Beide lehnten das ab, beriefen aber eine Gesellschafterversammlung zwecks Ausschließung des Klägers ein. Diese Gesellschafterversammlung fand am 27. Dezember 1955 statt und führte zu einem mit den Stimmen der Bank gefaßten Beschluß auf Ausschließung des Klägers. Mit Schreiben vom 17. Dezember 1955 lud der Kläger seinerseits zu einer Gesellschafterversammlung auf den 28. Dezember 1955 ein. Auf ihr beschloß der Kläger unter dem Widerspruch der Bank deren Ausschließung.

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Kläger verlangt die Feststellung, daß der Beschluß vom 27. Dezember 1955, ihn als Gesellschafter auszuschließen, nichtig sei.

Die Beklagte beantragt Klagabweisung und widerklagend, festzustellen, daß der Beschluß vom 28. Dezember 1955, die Bank als Gesellschafterin auszuschließen, nichtig sei.

Die Gründe für die Ausschließung des Klägers decken sich im wesentlichen mit den Gründen, die für seine Abberufung als Geschäftsführer geltend gemacht werden. Insoweit kann auf den Tatbestand des Urteils des Senats in der Sache II ZR 207/57 verwiesen werden. Die Beklagte hat noch behauptet, der Kläger habe sich mit den aus Mitteln der Beklagten an Sch[REDACTED] gezahlten Diskretionen einen persönlichen Darlehensanspruch gegen Sch[REDACTED] verschafft und sich damit Vermögen der Beklagten mittelbar angeeignet. Im Sommer und Herbst 1955 führte die Bank mit der Pi[REDACTED]-Ba[REDACTED] nach Behauptung des Klägers Verhandlungen über den Verkauf aller Geschäftsanteile. Der Kläger trat dem mit einer einstweiligen Verfügung entgegen. Die Bank und die Beklagte machen dem Kläger zum Vorwurf, daß er sich dem Verkauf der Beklagten widersetzt habe.

Der Kläger meint, die Bank habe über seine Ausschließung als Gesellschafter gar nicht beschließen können, da die Abtretung vom 22. April 1955 der Beklagten nicht angemeldet worden sei, die Bank zudem als Treuhänderin P[REDACTED]'s in einer den Mitgliederbestand betreffenden Frage gar kein Stimmrecht besessen und ihre Treuhänderstellung durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen P[REDACTED]'s (13.10.55) verloren habe. Er vertritt ferner den Standpunkt, daß zur Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters auch dann ein rechtsgestaltendes Urteil gehöre, wenn, wie hier, der Gesellschaftsvertrag bestimme, daß ein Gesellschafter durch Beschluß der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen werden

könne. Er führt aus, daß er keinen wichtigen Grund gesetzt habe, der seine Ausschließung rechtfertige und daß seine Ausschließung mindestens an dem eigenen Verhalten seines Mitgesellschafters scheitere. Insoweit will er sowohl das Verhalten der Bank wie das P[REDACTED]'s berücksichtigt wissen. Hierzu bringt er außer den in der Sache II ZR 207/58 erhobenen Vorwürfen noch vor:

1. Die Bank sei nicht berechtigt gewesen, über seinen Kopf hinweg Verkaufsverhandlungen mit der Pi[REDACTED]-Ba[REDACTED] zu führen.

2. Im Zusammenhang hiermit habe sie sich zu Dr. K[REDACTED] abfällig über ihn, den Kläger, geäußert.

3. Unter ihren Versuchen, die Aufrechterhaltung der vom Finanzamt W[REDACTED] unter dem 4. November 1955 vorgenommenen Pfändung des Geschäftsanteils des Klägers zu erreichen, komme einer Eingabe besondere Bedeutung bei, die der Bankier Walter Holste an das Vollstreckungsreferat der Oberfinanzdirektion in W[REDACTED] gerichtet hat. Darin heißt es, es sei, "nur gut, daß die Wirtschaft von Existenzen der Art des Herrn B[REDACTED] (Kläger) bereinigt wird"; der Kläger sei "durch seine verantwortungslose Geschäftsführung" bei der Beklagten, "durch die Vorwürfe, die ihm in dieser Beziehung" auch im Konkurs der Ce[REDACTED] gemacht würden, sowie "durch seine hoffnungslose Verschuldung und Steuerdelikte" als Geschäftsführer untragbar geworden; der Kläger habe zwar gegen seine Abberufung als Geschäftsführer Klage erhoben, er habe jedoch keine Aussicht auf Erfolg. Dann heißt es in diesem Schreiben weiter:

"c) Darüber hinaus sind wir fest entschlossen, unsere Ansprüche gegen Herrn B[REDACTED] bis zum letzten durchzusetzen. Wir haben bereits wegen eines Teilbetrages unserer Forderung in Höhe von 15 000 DM Klage gegen Herrn B[REDACTED] erhoben in der Absicht, seinen Geschäftsanteil an der Mineralölwerk H[REDACTED] GmbH zu pfänden, sobald wir einen vollstreckbaren Titel in Händen haben.

Insoweit ist uns das Finanzamt W. zuvorgekommen. Wenn wir es auch nach Lage der Dinge für ausgeschlossen halten, daß einem Rechtsmittel des Herrn B. gegen die Pfändung der Geschäftsanteile Erfolg beschieden sein könnte, so möchten wir doch nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, daß wir die Anteile sobald wie möglich pfänden würden, falls die Finanzbehörde sie etwa freigäbe.

- d) Selbst wenn die Existenz des Herrn B. zu retten wäre, wäre das vom Gesichtspunkt der Finanzverwaltung aus nutzlos. Herr B. hat bis vor kurzer Zeit jeden Monat 2 000 DM Geschäftsführergehalt bezogen, außerdem einen recht ansehnlichen Betrag, den er monatlich für Spesen entnommen hat. Hat er diese gute Existenz vielleicht benutzt, um irgendwelche Abzahlungen auf Steuer-schulden zu leisten?
3. Es handelt sich im vorliegenden Fall nicht um die Existenz des Herrn B., sondern um die Existenz des Mineralölwerks H. GmbH, in dem 53 Arbeiter und Angestellte ihr Brot haben. Wir stehen mit mehreren Firmen und Einzelpersonen in Verbindung, die bereit sind das Werk mit seinen Schuldverpflichtungen zu übernehmen und in neugeordneten Verhältnissen fortzuführen. Alle Interessenten lehnen es jedoch ab, Herrn B. in irgend einer Form als Gesellschafter oder Mitarbeiter hineinzunehmen.

Die Bereinigung in H. ist also nur möglich, nachdem man die Gesellschaft von Herrn B. befreit hat. Wir sind fest entschlossen, dieses durchzusetzen. Wenn das im Zuge der Pfändung des Finanzamts möglich ist, so begrüßen wir es, ... Wenn die Bereinigung der Verhältnisse in H. nicht im Zuge der Pfändung des Finanzamts erfolgt, so wird sie im Zuge einer Pfändung durch irgendeinen anderen Gläubiger erfolgen, gegebenenfalls von uns selbst."

Der Kläger macht der Bank ganz besonders den Vorwurf, daß sie gegenüber den Finanzbehörden von einer hohen Verschuldung seinerseits gesprochen habe, ohne zu erwähnen, daß sie seit dem 7. September 1953 beträchtliche Teile seines Vermögens treuhänderisch verwaltete.

4. Die Bank habe kein Mittel gescheut, um ihn aus der Gesellschaft hinauszudrängen und um die Früchte jahrelanger Arbeit zu bringen. Dem habe bereits die am 31. Juli 1954 be-

Schlossene Kapitalerhöhung gedient. Hierauf ziele auch die Vorenthaltung der Gutschrift der am 17. Januar 1955 vom Käufer seines Grundstücks W [REDACTED], Hi [REDACTED]straße [REDACTED], gezahlten 200 000 DM ab, denn die Bank habe hiermit den Zweck verfolgt, ihm so stark die Hände zu binden, daß er, gleichviel wie er darauf reagiere, den Vorwurf seiner Untragbarkeit auf sich ziehe.

5. Die Bank habe seinen Geschäftsanteil an der C [REDACTED] GmbH, den er ihr zur Sicherung der ihr abgetretenen Darlehensforderung der Ce [REDACTED] überlassen hat, zu eigenem Nutzen, gesellschaftsfremd verwendet und sich grundlos geweigert, ihm darüber eine Abrechnung zu erteilen.

6. P [REDACTED] habe die Verschuldung und den Konkurs der Ce [REDACTED] durch hohe auf diese Gesellschaft gezogene Privatschulden und durch Wechselreiterei verschuldet. Obwohl die Bank das Treiben P [REDACTED]'s gekannt habe, habe sie die Schulden immer höher anwachsen lassen. P [REDACTED] habe einen Betrag von 750 000 DM dazu verwendet, um im Zusammenwirken mit Pr [REDACTED] eine Million Sperrmark illegal in der Schweiz aufzukaufen. In diese Machenschaften sei die Bank eingeschaltet, mindestens aber eingeweiht gewesen.

7. Die Bank habe die Geschäftsführer Hans Ho [REDACTED] und Karl S [REDACTED] für ihre eigenen Zwecke mißbraucht. Unstreitig verpachtete die Beklagte ihren Betrieb Ende 1955 an die Pi [REDACTED]-GmbH für die Dauer von 5 Jahren. Sie verkaufte dieser Gesellschaft auch die vorhandenen Vorräte (Preis ca. 140 000 DM). Die Pi [REDACTED]-Ba [REDACTED], die Muttergesellschaft der Pi [REDACTED]-GmbH, löste Forderungen der Bank gegen die Beklagte in Höhe von 450 000 DM ab, wofür ihr die Bank Grundschulden auf den Betriebsgrundstücken in gleicher Höhe abtrat. Die Bank hat der Pi [REDACTED]-Ba [REDACTED] das bindende Angebot

gemacht, ihren Geschäftsanteil von nominell 185 000 DM für 10 000 DM zu übertragen. Sie hat auf diese Weise insgesamt rund 590 000 DM erhalten; nach einem von ihr aufgestellten Kontoauszug vom 30. Juni 1957 betrug ihre Forderung gegen die Beklagte nur noch rund 35 000 DM. Durch diese Tatsachen sieht der Kläger seine Annahme bestätigt, daß die Beklagte gesund und lebensfähig gewesen sei und daß die Bank lediglich Bankinteressen und nicht das Gesellschaftsinteresse wahrgenommen habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat die Beklagte noch behauptet, der Kläger habe für das Haus Hil[redacted]straße [redacted] weitere 3 750 DM Hypothekenzinsen und 182,01 DM Instandsetzungskosten aus der Gesellschaftskasse bezahlt. Er habe auch einen Teil der von Hamacher zurückerhaltenen Beträge nicht an Sch[redacted] weitergeleitet.

Die Bank hat den Geschäftsanteil P[redacted]'s am 17. Februar 19[redacted] zu vollem Recht erworben. Im Hinblick hierauf beantragt der Kläger noch hilfsweise, die Bank als Gesellschafterin auszuschließen. Er begründet diesen Antrag mit den gegen die Bank erhobenen Vorwürfen.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen und nach dem Widerklageantrag erkannt.

Mit der Revision verfolgt der Kläger in erster Linie seinen Klageantrag und seinen Antrag auf Abweisung der Widerklage und in zweiter Linie den Hilfsantrag weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision gebeten hat.

Entscheidungsgründe:

I.

Bei der Beklagten kann die Ausschließung eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschuß vorgenommen werden.

§ 5 des Gesellschaftsvertrages bestimmt, daß ein Gesellschafter aus wichtigem Grunde durch Beschluß der Gesellschafterversammlung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden und daß der Geschäftsanteil des Ausgeschlossenen durch Gesellschafterbeschluß entweder eingezogen oder der Gesellschaft, einem Gesellschafter oder einem Dritten übertragen werden darf. Wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 1.4.53 - II ZR 235/52 - (BGHZ 9, 157, 160) ausgesprochen hat, ist eine Satzungsbestimmung, die vorsieht, daß ein Gesellschafter aus wichtigem Grunde durch Gesellschafterbeschluß ausgeschlossen werden kann, zulässig. Auch bei einer lediglich aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ist das entgegen der Ansicht der Revision nicht anders. Gewiß hat die Ausschließung eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluß ganz allgemein den Nachteil, daß beim Streit über ihre Berechtigung eine Unsicherheit entsteht, die nur durch Prozeß geklärt und nur durch rechtskräftiges Urteil beseitigt werden kann. Bei der Zweimanngesellschaft kommt noch hinzu, daß der Versuch, sich gegenseitig auszuschließen, zu einem Wettlauf um die Ansetzung einer Gesellschafterversammlung oder gar dazu führt, über wessen Ausschließungsverlangen als erstes in einer für die beiden Ausschließungsanträge einberufenen Gesellschafterversammlung abgestimmt werden soll. Aber diese Bedenken sind doch nicht so gewichtig, daß deshalb die Vertragsfreiheit eingeschränkt und eine gesellschaftsvertragliche Regelung der hier vorliegenden Art beiseite geschoben werden könnte. Die Ungewißheit des Mitgliederbestandes nehmen die Gesellschafter in Kauf, wenn sie im Gesellschaftsvertrag die Möglichkeit der Ausschließung durch Gesellschafterbeschluß eröffnen und es bei dieser Regelung belassen. Und der Sieg des einen Gesellschafters über den Zeitpunkt der Abstimmung oder die Reihenfolge der gegenseitigen Ausschließungsanträge nützt nichts, wenn die gerichtliche Nachprüfung, die

das Gesamtverhalten beider Gesellschafter zu umfassen hat, ergibt, daß die Ausschließung unberechtigt war.

Ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschuß hat zur Folge, daß der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung verliert. Der Geschäftsanteil bleibt dagegen bestehen. Der ausgeschlossene Gesellschafter hat Anspruch auf den vollen Gegenwert seines Geschäftsanteils (BGHZ 9, 157, 170; 16, 317, 322). Auch wenn die Gesellschaft nicht in angemessener Frist die Einziehung des Geschäftsanteils beschließt oder seine Abtretung verlangt und nichts dazu tut, daß der Ausgeschlossene den Gegenwert seines Geschäftsanteils erlangt, lebt doch die Gesellschafterstellung des Betroffenen nicht wieder auf. Allenfalls könnte dem Ausgeschlossenen ein Anspruch auf Auflösung der Gesellschaft und auf Befriedigung aus dem Liquidationserlös gegeben werden (vgl. dazu Hueck, DB 1953, 776, 778 für den Fall der Ausschließung durch Urteil). Im Rahmen der gestellten Anträge kommt es daher nicht darauf an, daß lediglich die Ausschließung des Klägers beschlossen, nicht aber über seinen Geschäftsanteil Beschluß gefaßt worden ist, und welchen Wert dieser Geschäftsanteil hat.

II.

Die Revision will den Tatbestand, den das Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, nicht gelten lassen. Sie behauptet, er sei in mehreren Punkten unrichtig und für das Revisionsverfahren nicht maßgeblich, da das Berufungsgericht die Anbringung eines Antrages auf Berichtigung des Tatbestandes verhindert habe. Das Urteil - es ist am 19. August 1953 verkündet worden und erst am 19. Januar 1959 mit Gründen und Unterschriften zur Geschäftsstelle gelangt - sei dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers erst am 20. Januar 1959 zugegangen. Mangels Vorliegens der Urteilsgründe habe er, der Kläger, die Unrichtigkeit des Urteils-

tatbestandes innerhalb der Dreimonatsfrist des § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO gar nicht erfahren und deshalb einen Antrag auf Berichtigung des Tatbestandes nicht stellen können. Aus diesen Gründen sei das Urteil als nicht mit Gründen versehen zu betrachten und darum gemäß § 551 Nr. 7 ZPO ohne Prüfung der Sache aufzuheben. Jedenfalls müsse ihm die Möglichkeit gegeben werden, den Tatbestand, soweit er unrichtig wiedergegeben worden sei, richtig zu stellen.

1. Der absolute Revisionsgrund des § 551 Nr. 7 ZPO setzt voraus, daß die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist. Liegt dieser Fall vor, so ist die Entscheidung als auf einer Gesetzesverletzung beruhend anzusehen. § 551 Nr. 7 ZPO geht davon aus, daß, wenn die schriftlichen Urteilsgründe zu einem wesentlichen Streitpunkt lückenhaft oder unvollständig sind, dem Urteil schon bei der Verkündung die Begründung gefehlt habe (Pohle, AP § 60 ArbGG Nr. 1 Anm.).

Sicher ist, daß ein Urteil, gegen das alsbald nach seiner Verkündung Revision eingelegt wird, nicht schon deshalb als nicht mit Gründen versehen angesprochen werden kann, weil es im Zeitpunkt der Revisionseinlegung noch nicht abgesetzt war.

a) Lersch (LM § 315 ZPO Nr. 1 Anm.) nimmt an, daß das Berufungsurteil dann als nicht mit Gründen versehen anzusehen ist, wenn die durch das Urteil beschwerte Partei durch die späte Abfassung der Urteilsgründe in die Zwangslage versetzt wird, die Revision einzulegen, ohne die Urteilsgründe zu kennen. Das bedeutet, daß § 551 Nr. 7 ZPO erst eingriffe, wenn die Urteilsgründe selbst kurz vor Ablauf der sich an die Fünfmonatsfrist anschließenden Monatsfrist noch nicht vorlägen.

Der III. Zivilsenat vertritt dagegen den Standpunkt (BGHZ 7, 155), daß § 551 Nr. 7 ZPO bereits dann angewendet

werden könne, wenn die Urteilsgründe fünf Monate nach Urteilsverkündung noch nicht vorlagen und vor Ablauf der Fünfmonatsfrist bereits Revision eingelegt war.

Ein Fall dieser Art liegt nicht vor. Denn das Berufungsurteil ist vor Einlegung der Revision abgesetzt worden.

Der IV. Zivilsenat (NJW 1956, 831) hebt darauf ab, daß der durch ein Urteil beschwerten Partei mindestens ein Monat verbleiben müsse, um sich an Hand der schriftlichen Urteilsgründe darüber schlüssig zu machen, ob sie das Urteil anfechten will.

Die Monatsnotfrist hat dem Kläger voll zur Verfügung gestanden. Mit Gründen und Unterschriften ist das Urteil am 19. Januar 1959 zur Geschäftsstelle gelangt. Nach einem Aktenvermerk des Berichterstatters hat er dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers am 19. Januar 1959, 1/2 10 Uhr, fernmündlich mitgeteilt, daß das Urteil mit Gründen und Unterschriften zu den Akten gelangt sei und zur Einsicht zur Verfügung stehe und daß die Urteilsausfertigungen spätestens 1/2 17 Uhr in seinen Kasten bei Gericht gelangen werden. Nachdem dies pünktlich geschehen war, hat er den Anwalt des Klägers erneut angerufen, ihm mitgeteilt, daß sich die Urteilsausfertigung in seinem Gerichtskasten befinde und ihn darauf hingewiesen, daß noch bis 19 Uhr die Möglichkeit der Abholung bestehe. Die Urteilsgründe lagen daher noch vor Ablauf der Fünfmonatsfrist vor. Wenn der Anwalt des Klägers die Ausfertigung erst am 20. Januar 1959 abholen ließ und die Urteilsgründe erst an diesem Tage eingesehen hat, so war das seine Sache.

b) Es ist erwogen worden (vgl. BGHZ 7, 155), ob nicht ein Urteil, das erst so spät zu den Akten gelangt ist, daß der Revisionskläger nicht mehr die Möglichkeit der Tatbestandsberichtigung hatte, ganz ohne Rücksicht auf den Zeit-

punkt der Revisionseinlegung als nicht mit Gründen versehen anzusehen sei.

Der VI. Zivilsenat (LM § 320 ZPO Nr. 1) hat in einem Fall, in dem die durch das Urteil beschwerte Partei die Urteilsgründe zwar erst nach Ablauf der Dreimonatsfrist des § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO, aber immerhin so früh erhalten hat, daß bis zur die Rechtsmittelfrist in Lauf setzenden Zustellung des Urteils ein Monat verblieb, die Anwendung des § 551 Nr. 7 ZPO abgelehnt. So liegt es hier nicht.

Das Bundesarbeitsgericht (AP § 60 ArbGG Nr. 2) führt aus, der Richter pflege erfahrungsgemäß die Gedankenführung der beratenen Begründung länger im Gedächtnis zu behalten, im Kollegialgericht bestene zudem noch eine wirksame Gegenkontrolle; die Zivilprozeßordnung setze ein den Zeitraum von drei Monaten übersteigendes Gedächtnis des erkennenden Richters voraus, wenn sie in § 320 Abs. 4 bestimmt, daß über den Berichtigungsantrag ohne Beweisaufnahme zu entscheiden sei. Pohle (AP § 60 ArbGG Nr. 1 Anm.) hält § 551 Nr. 7 ZPO für anwendbar, wenn im Hinblick auf die seit Urteilsverkündung verstrichene Zeit nicht mehr davon ausgegangen werden könne, daß die schriftlichen Urteilsgründe mit den beschlossenen übereinstimmen. A. Blomeyer (JR 1955, 184 Anm.) meint dagegen, § 551 Nr. 7 ZPO lasse sich nur anwenden, wenn der Revisionskläger erst in der Revisionsfrist oder gar noch später den Inhalt der Entscheidungsgründe kennen lerne.

Das Erinnerungsvermögen der Menschen ist sehr unterschiedlich. Die Unterschrift der an einem Urteil mitwirkenden Richter (§ 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO) vermag etwaige Mängel der Entscheidung nicht zu heilen. Sie ist bei einem Urteil, das kurz vor Ablauf von fünf Monaten seit seiner Verkündung fertiggestellt worden ist, kein unbedingt sicheres Zeichen dafür, daß die schriftlichen Urteilsgründe mit den beschlossenen

Übereinstimmen. Andererseits kann aus der Tatsache eines so langen Zeitablaufs unmöglich generell geschlossen werden, daß sich die schriftliche Begründung nicht mit den beratenen Gründen decke. Die durch das Urteil beschwerte Partei bekommt nur zu sehen, was das fertiggestellte Urteil enthält, vom Inhalt der Beratung kann sie nichts wissen. Unter diesen Umständen erscheint es untragbar, eine freie Behauptung hierüber oder den Zeitablauf dafür ausreichen zu lassen, das Urteil ohne sachliche Prüfung seiner Gründe, und ohne daß die durch die Entscheidung beschwerte Partei einen Nachteil erlitten hat, aufzuheben, wie das die Anwendung des § 551 Nr. 7 ZPO erfordert.

2. Eine ganz andere Frage ist es, ob man dem gerecht werden kann, daß die Dreimonatsfrist für den Antrag auf Tatbestandsberichtigung bereits verstrichen ist, bevor das Urteil abgesetzt ist und ohne daß demzufolge der Inhalt des Urteilstatbestandes den Parteien bekannt sein konnte.

Der Große Senat für Zivilsachen (BGHZ 14, 39, 51) hat das mit Recht als unerfreulich bezeichnet und die Frage aufgeworfen, ob auch in diesem Fall das Verstreichenlassen der Dreimonatsfrist des § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO hingenommen werden muß. Die Beklagte entnimmt dieser Entscheidung, daß damit die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Dreimonatsfrist eröffnet worden sei. Auch der VI. Zivilsenat (LM § 320 ZPO Nr. 1) meint, die Entscheidung des Großen Zivilsenats lege die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nahe. Er läßt dann aber die Frage der Anwendbarkeit der Wiedereinsetzungsvorschriften offen und vertritt den Standpunkt, daß, wenn Tatbestand und Entscheidungsgründe eines Urteils erst nach Ablauf der Dreimonatsfrist des § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO der durch das Urteil beschwerten Partei zugehen, höchstens eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 549 ZPO vorliege und das Urteil nicht aufgehoben werden

könne, wenn auch ein antragsgemäß berichtigter Tatbestand zu keiner anderen Entscheidung geführt hätte. A. Blomeyer (JR 1955, 183 Anm.) meint, die Möglichkeit der Wiedereinsetzung schließe eine Beurteilung nach § 549 ZPO aus, da im Falle der Wiedereinsetzung das Berufungsgericht unanfechtbar darüber entscheide, ob der Tatbestand zu berichtigen sei oder nicht (§ 320 Abs. 4 Satz 4 ZPO), und es unzumutbar erscheine, daß das Revisionsgericht jeden Punkt des vom Revisionskläger gewünschten Tatbestandes beurteile. Pohle (AP § 60 ArbGG Nr. 1 Anm.) befürwortet, aus Billigkeitsgründen davon auszugehen, daß eine rechtzeitig beantragte Tatbestandsberichtigung Erfolg gehabt hätte, er meint, es gehe zwar nicht an, zu Lasten des Revisionsbeklagten den Tatbestand einfach so, wie dies der Revisionskläger wünsche, als berichtigt anzusehen; es ständen dann aber zwei mögliche Fassungen des Tatbestandes nebeneinander, und, soweit es sich um rechtserhebliche Vorgänge handle, müsse dies wie in sonstigen Fällen widerspruchsvoller und unsicherer Feststellungen zur Aufhebung und Zurückverweisung führen.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt nicht in Frage, da die Dreimonatsfrist des § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO eine uneigentliche Frist ist, die den Normen über Fristen nicht untersteht, und außerdem zur Wiedereinsetzung eine Notfrist oder eine Rechtsmittelbegründungsfrist (§ 233 Abs. 1 ZPO) gehört, wozu die Dreimonatsfrist durch Richterspruch unmöglich erhoben werden kann. Könnte noch lange nach Ablauf der Dreimonatsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt und über einen Tatbestandsberichtigungsantrag entschieden werden, so wäre es generell nicht mehr zu verantworten, daß über den Tatbestandsberichtigungsantrag ohne Beweisaufnahme und unanfechtbar entschieden werden kann.

Aus dem gleichen Grund kann auch nicht angenommen werden, daß die Ausschlußfrist des § 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO überhaupt nicht abläuft, wenn die durch das Urteil beschwerte Partei mangels Vorliegens des schriftlichen Urteils gar nicht den der Entscheidung zugrunde gelegten Tatbestand kennen kann.

Es bleibt sich dagegen gleich, ob man die Lösung allgemein aus § 549 ZPO oder mit dem ebenfalls unter diese Vorschrift gehörenden Sondertatbestand eines widerspruchsvollen oder unsicheren Urteils sucht. Denn in beiden Fällen kann nur dann aufgehoben werden, wenn die behauptete Fehlerhaftigkeit des Tatbestands zu einer anderen Entscheidung geführt haben würde. Der lediglich formale Verlust der Berichtigungsmöglichkeit kann nicht schon zu einer anderen Entscheidung führen und muß darum unerheblich sein (BAG 2, 194). Nur wenn das Vorbringen, das den nicht mehr möglichen Berichtigungsantrag stützen soll, eine andere Entscheidung gerechtfertigt haben würde, kann der auf zu später Abfassung des Urteils beruhende Verlust der Berichtigungsmöglichkeit zur Aufhebung des Urteils führen. Durch die danach notwendige Prüfung wird das Revisionsgericht allerdings möglicherweise stark belastet. Das muß aber in Kauf genommen werden, da dies die Rücksichtnahme auf den Revisionsbeklagten erfordert.

Die Nachprüfung derjenigen Punkte, in denen der Tatbestand des Berufungsurteils unrichtig sein soll, ergibt folgendes:

a) Der Beweisantritt, Hans Holste und Karl Schäfer seien keine echten Geschäftsführer gewesen, sondern nur treuhänderisch zur Erledigung der wirtschaftlichen Aufgaben der Gesellschaft bestellt worden, im Verhältnis zu den Gesellschaftern hätten sie sich auf die Fortführung des Unternehmens beschränken müssen und keine Gesellschafterversammlung zwecks Ausschließung eines Gesellschafters einberufen dürfen, ist für sich allein nicht erheblich. Im allgemeinen können die Gesellschafter

einer GmbH allerdings eine solche Vereinbarung treffen, denn im Hinblick auf die Vertragsfreiheit haben sie, ohne daß dazu der Weg der Satzungsänderung beschritten werden muß, die Möglichkeit, die in der Satzung vorgesehene Befugnis zur Ausschließung zeitweilig zu beseitigen. Eine derartige Vereinbarung ist auch für die Geschäftsführer verbindlich, denn nach § 37 Abs. 1 GmbHG kann die Geschäftsführungsbefugnis im Innenverhältnis beschränkt werden. Wenn aber ein Gesellschafter einen besonders schwerwiegenden Verstoß gegen die Gesellschaftertreue begangen hat, der den anderen Gesellschaftern verborgen geblieben ist, so kann er sich auf eine solche Vereinbarung nicht berufen, da von einer derartigen Vereinbarung nur solche Verfehlungen gedeckt sein können, die wenigstens im groben Umriß bekannt waren. Das gilt insbesondere von dem Vorwurf der gesellschaftlichen Untreue (§ 81 a GmbHG). Die Frage nach der Erheblichkeit der zur Erörterung stehenden Beweisantritte deckt sich daher mit der Frage, ob der gegen den Kläger erhobene Vorwurf der gesellschaftlichen Untreue berechtigt ist oder nicht.

b) Die unter Beweis gestellte Behauptung, die Bank und Pfeifer hätten einen Geheimvertrag geschlossen, wonach Pfeifer tatsächlich Gesellschafter bleibe, ist unerheblich.

Unstreitig hat Pfeifer seinen Geschäftsanteil an die Bank treuhänderisch abgetreten. Die Beteiligung an einer GmbH kann nicht in der Weise durch ein Treuhandverhältnis gebunden werden, daß der Treugeber und nicht der Treuhänder Gesellschafter ist; eine solche Abrede ist mit dem Wesen einer Gesellschaft unvereinbar (vgl. BGHZ 3, 354, 360; 10, 44, 49/50). Die Abhängigkeit des Treuhänders von dem Treugeber kann nicht dazu führen, daß die Gesellschafterstellung ausgehöhlt und damit durch die Treuhandabrede unmittelbar in die Beziehungen der Gesellschafter untereinander eingegriffen wird; insoweit

sind der Vertragsfreiheit durch das Gesellschaftsrecht Grenzen gesetzt (BGHZ 3, 354, 360). Der behauptete Geheimvertrag kann daher nur für das Innenverhältnis zwischen der Bank und Pfeifer von Bedeutung sein. Nur wenn behauptet worden wäre, die Abtretung sei lediglich zum Schein erfolgt oder habe der Bank bloß die Rechte eines reinen Bevollmächtigten Pfeifer's gegeben (vgl. RGZ 159, 272, 280 ff), in Wirklichkeit habe die Bank überhaupt nicht die Stellung eines Gesellschafters erlangt, hätte dem nachgegangen werden müssen. Das Berufungsgericht brauchte nicht nach § 139 ZPO zu fragen, ob das behauptet werden sollte, denn eine so weitgehende Behauptung hätte mit der Tatsache in Widerspruch gestanden, daß die Treuhandabtretung der Sicherung der Bank diene, daß der Kläger gemeinsam mit der Bank Gesellschafterbeschlüsse gefaßt, insbesondere Hans Holste und Karl Schäfer zu Geschäftsführern bestellt hat, daß er sich an diese Geschäftsführer wandte, um von ihnen eine Gesellschafterversammlung einberufen zu erhalten, und daß er seinerseits den Beschluß gefaßt hat, die Bank als Gesellschafterin auszuschließen. Da, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, alle Beteiligten von der Abtretung unterrichtet waren, erübrigte sich, wie der Senat in der Sache II ZR 207/57 ausgeführt hat, der formelle Nachweis des Gesellschafterwechsels. Wenn die Revision demgegenüber geltend macht, für die volle Unterrichtung der Beteiligten fehle es am Sachvortrag (§ 128 ZPO), so übersieht sie, daß sich diese Feststellung aus der erwähnten Handhabung der gesellschaftlichen Verhältnisse und aus dem eigenen Verhalten des Klägers ergab. Auch für das Stimmrecht der Bank ist die Behauptung von dem angeblichen Geheimvertrag ohne Bedeutung. Denn sie geht nicht dahin, die Bank habe lediglich die Stellung eines weisungsgebundenen Beauftragten P[REDACTED]'s gehabt, und nach der ganzen Sachlage konnte sie diesen Sinn auch gar nicht

haben. Als echte Treuhänderin war die Bank aber, wie der Senat bereits in der Sache II ZR 207/57 ausgeführt hat, nicht gehindert, das Stimmrecht auszuüben. Da es sich um eine Sicherungsabtretung und nicht um ein Auftragsverhältnis handelte, hatte auch der Konkurs Pfeifer's (13.10.55) auf die Gesellschafterstellung der Bank und die von der Bank am 27. Dezember 1955 abgegebenen Stimmen keinen Einfluß, ganz abgesehen davon, daß ein treuhänderischer Gesellschafter ohne dahingehende Vereinbarung nicht automatisch seine Gesellschafterstellung verlieren kann (BGHZ 10, 44, 51).

c) Gestützt auf die Aussagen H[REDACTED] und Sch[REDACTED] hat das Berufungsgericht festgestellt, daß sich der Kläger mit Gesellschaftsmitteln eine private Darlehensforderung gegen Sch[REDACTED] verschafft und damit gesellschaftliche Untreue begangen habe. Die Revision macht demgegenüber geltend, die Aussagen beider Zeugen seien im Berufungsurteil unvollständig oder unrichtig wiedergegeben worden.

1. Sch[REDACTED] soll nach der Wiedergabe seiner Aussage in den Entscheidungsgründen bekundet haben (BU S. 28), er habe Gelder erhalten, die er nicht habe behalten dürfen; Sinn dieser Zahlungen sei gewesen, ihm aus einer steuerlichen Bedrängnis zu helfen; der Kläger und er seien sich darüber im klaren gewesen, daß er, Sch[REDACTED], wegen dieser Gelder in der persönlichen Schuld des Klägers stehe. Die Revision behauptet, Sch[REDACTED] habe nicht ausgesagt, sich mit dem Kläger dahin geeinigt zu haben, er schulde die rückzahlungspflichtigen Gelder dem Kläger persönlich und nicht der Beklagten. Diese Behauptung ist erheblich. Hat Sch[REDACTED] nicht ausgesagt, er und der Kläger seien darüber einig gewesen, von ihm nicht endgültig vereinnahmte Gelder der Beklagten dem Kläger persönlich zu verschulden, so hängt die Feststellung, der Kläger habe sich mit Mitteln der Beklagten

eine eigene Darlehnsforderung gegen Sch[REDACTED] verschafft und insoweit gesellschaftliche Untreue begangen, in der Luft. Bei der Eigenart des Verhältnisses, auf Grund dessen Sch[REDACTED] für die Beklagte tätig wurde, und angesichts der Diskretionen, die sich Sch[REDACTED] von der Beklagten durch den Kläger ohne Quittung zahlen ließ, kann nicht von der Hand gewiesen werden, daß das Berufungsgericht die Aussage Sch[REDACTED]'s mißverstanden hat. Die Vorsicht, die Sch[REDACTED] in Bezug auf die Diskretionen an den Tag gelegt hat, reimt sich nicht damit zusammen, daß er dem Kläger die Rückzahlung von Geld der Beklagten versprochen haben soll. Wenn er auch nach den Entscheidungsgründen ausgesagt hat, er und der Kläger hätten die Absicht gehabt, sich später einmal zusammenzuschließen, so ist das keine ausreichende Erklärung dafür, daß er sich für Geld, das ihm die Beklagte gegeben hatte, als persönlicher Schuldner des Klägers angesehen haben soll. Es läßt sich auch nicht von der Hand weisen, daß Sch[REDACTED] bei seiner Verneinung unklare Angaben gemacht hat, um Gelder, die er nicht versteuert und, wie der Kläger behauptet, als Vergütung für seine Tätigkeit gezahlt erhalten hat, nicht als Einkommen bezeichnen zu müssen.

Damit ist die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe sich mit Geldern der Beklagten eine persönliche Forderung gegen Sch[REDACTED] verschafft, rechtlich nicht einwandfrei begründet.

2. Was die Revision sonst noch dafür vorbringt, daß die Aussagen H[REDACTED] und Sch[REDACTED] unvollständig oder unrichtig wiedergegeben seien, bezieht sich nicht auf Vorwürfe, die das Berufungsgericht zum Gegenstand seiner Entscheidung gemacht hat. Sie bedürfen darum keiner Erörterung.

III.

Mit Recht wendet sich die Revision auch gegen die Feststellung, der Kläger habe aus dem von der Beklagten an den Dipl.-Kaufmann Schl. [REDACTED] gezahlten Honorar auch den Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED] bezahlen lassen. Das Berufungsgericht stützt diese Feststellung auf die Aussage Schl. [REDACTED]'s der Band II S. 303 bekundet hat. Er habe sein Honorar mit dem Kläger vereinbart. Er habe es der Beklagten als seiner Auftraggeberin in Rechnung gestellt. Die Zahlung sei über die Bank geleistet worden, es könnten 4 500 DM gewesen sein; von dem Honorar sei auch Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED] bezahlt worden, der den Kläger persönlich vertreten habe.

Auf Grund dieser Aussage hat die Beklagte in der Berufungsbegründung (Band II S. 396) dem Kläger Untreue vorgeworfen. Der Kläger hatte hierzu in der Berufungsbeantwortung (Band III S. 409) erklärt, einen Fall Dr. M. [REDACTED] gebe es nicht, Dr. M. [REDACTED] habe bei der Auseinandersetzung der beiden Gesellschafter (Kläger und P. [REDACTED]) tätig werden sollen. Hierzu sei es gar nicht gekommen, Schl. [REDACTED] habe mit der Bank eine Zahlung von 4 500 DM an sich selbst vereinbart, das sei ohne Wissen des Klägers geschehen. Mit Schriftsatz vom 5.12.57 (Band III S. 503) hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers eine persönliche Stellungnahme des Klägers vom 2.12.57 (Band III S. 506 ff) überreicht, in der der Kläger (Band III S. 516 bis 519) behauptet: Schl. [REDACTED] habe den Rechtsanwalt Dr. M. [REDACTED] zu seiner, Schl. [REDACTED]'s, Unterstützung herangezogen; er (Kläger) habe die Zahlung von 3 000 DM an Schl. [REDACTED] als Vorschuß veranlaßt, dieser Vorschuß sei nach seiner Ansicht durch die Tätigkeit Schl. [REDACTED]'s und M. [REDACTED]'s nicht verbraucht worden, er habe daher einen Teil zurückfordern wollen; er habe jedoch von der Bank unter dem 10.6.55 ein Schreiben erhalten, in dem es heiße, Schl. [REDACTED] und Dr. M. [REDACTED] hätten ihre

gegenüber der Bank gestellte Forderung nach Zahlung eines Honorars auf einen von der Beklagten erteilten Beratungsauftrag gestützt. Wenn die Bank an Schl. [REDACTED] noch 4 500 Dm gezahlt und Schl. [REDACTED] hiervon einen Teilbetrag an Dr. M. [REDACTED] abgeführt habe, so gehe das ihn, den Kläger, gar nichts an, da er von der Zahlung von 4 500 DM und von der Weiterleitung eines Teilbetrages hiervon nichts gewußt habe. Ihm könne darum auch kein Vorwurf gemacht werden, wenn Schl. [REDACTED] bei erneuter Vernehmung bei seiner nicht einmal den Tatsachen entsprechenden Angabe bleibe, Dr. M. [REDACTED] sei für den Kläger persönlich tätig geworden.

Die Parteien haben darüber gestritten, ob diese eigene Stellungnahme des Klägers Prozeßvortrag geworden ist. Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat mit Schriftsatz vom 20.12.57 (Band III S. 529/30) erklärt, daß er die Form der Weitergabe dieser Stellungnahme nicht gewählt habe, um sich von ihr zu distanzieren, sondern, weil es sich um eine eingehende Darstellung des Sachverhalts gehandelt und die Einreichung des Schriftsatzes wegen der Nähe des Termins vom 12. Dezember 1957 gedrängt habe. Diese Erklärung kann nur dahin verstanden werden, daß sich der Prozeßbevollmächtigte des Klägers die tatsächlichen Angaben der persönlichen Darstellung des Klägers vom 2.12.57 zu eigen gemacht und die prozeßrechtliche Verantwortung dafür übernommen hat.

Ist dem aber so, so konnte aus der Aussage Schl. [REDACTED]'s nicht ohne weiteres auf eine Untreue des Klägers geschlossen werden, ohne die Behauptungen des Klägers zu prüfen, Dr. M. [REDACTED] sei von Schl. [REDACTED] hinzugezogen und ohne sein Wissen aus einer hinter seinem Rücken von der Bank geleisteten Zahlung befriedigt worden, und ohne dem nachzugehen, daß Schl. [REDACTED] und Dr. M. [REDACTED] ihre Honorarforderung nach dem Brief der Bank vom 10.6.1955 gegenüber der Bank auf einen ihnen durch die Be-

klagte erteilten Auftrag gestützt hatten. Ohnehin drängt sich der Zweifel auf, wieso Schl[REDACTED] dazu kam, einen Teil seines Honorars zur Bezahlung Dr. M[REDACTED]'s zu verwenden, wenn dieser für den Kläger und nicht zu seiner, Schl[REDACTED]'s, Unterstützung für die Beklagte tätig geworden war. Es fehlt auch jede Begründung dafür, wieso der Kläger für die Zahlung Schl[REDACTED]'s an Dr. M[REDACTED] verantwortlich sein soll.

IV.

Die Revision meint, der Kläger habe nicht ausgeschlossen werden dürfen, weil P[REDACTED] und der Bank erheblich schwerer ins Gewicht fallende Verfehlungen als dem Kläger zur Last zu legen seien. Sie macht weiter geltend, daß das Berufungsgericht das Verhalten P[REDACTED]'s überhaupt nicht und das der Bank nicht ausreichend berücksichtigt habe.

1. Hieran ist richtig, daß die Ausschließung eines Gesellschafters nicht anzuerkennen ist, wenn in der Person des anderen Gesellschafters Umstände liegen, die die Ausschließung nicht rechtfertigen oder auch nur zu einer anderen Beurteilung derjenigen Gründe führen können, die der von der Ausschließung betroffene Gesellschafter gesetzt hat (BGHZ 16, 317, 322/23).

2. Den angeblichen Verfehlungen P[REDACTED]'s hätte nachgegangen werden müssen. Die Ausschließung erfordert eine umfassende Prüfung aller Umstände und ist unbegründet, wenn in der Person des die Ausschließung betreibenden Gesellschafters Umstände vorliegen, die seine Ausschließung oder die Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen oder auch nur zu einer anderen Beurteilung derjenigen Gründe führen können, die der von der Ausschließung bedrohte Gesellschafter gesetzt hat (vgl. das Senatsurteil vom 17.2.1955 - II ZR 316/53 - BGHZ 16, 318, 322/23). Das schließt es aus, daß nach einem Mitgliederwechsel Pflichtwidrigkeiten, die der in der Gesell-

schaft verbliebene Gesellschafter bis zum Ausscheiden des anderen Gesellschafters begangen hat, nach diesem Ereignis ganz ohne Rücksicht auf die Verfehlungen des Ausgeschiedenen beurteilt werden könnten. Denn sonst würden Vorgänge, die im Hinblick auf das Verhalten des ausgeschiedenen Gesellschafters nicht zur Ausschließung des in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafters ausreichen, diese Wertung einbüßen. Eine solche Verschlechterung der Gesellschafterstellung des in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafters kann ein Mitgliederwechsel nicht haben. Das Berufungsgericht hätte daher prüfen müssen, ob diejenigen Verfehlungen, die dem Kläger für die Zeit bis zum 22. April 1955 nachgesagt werden, in Anbetracht der vom Kläger behaupteten Verfehlungen P. [REDACTED]'s einen Ausschließungsgrund abgaben.

3. Solange die Bank noch nicht Gesellschafterin war, sondern der Beklagten nur als Gläubigerin gegenüberstand, kann ihr der Vorwurf gesellschaftswidrigen Handelns nicht gemacht werden. Das Verhalten der Bank bis zu ihrem Eintritt in die Gesellschaft ist daher auch unter diesem Gesichtspunkt ungeeignet, Pflichtwidrigkeiten des Klägers den Charakter eines Ausschließungsgrundes zu nehmen.

a) Das kann jedoch nicht dazu führen, ein Verhalten, das die Bank vor Erwerb des P. [REDACTED]'schen Geschäftsanteils an den Tag gelegt hat, überhaupt nicht zu berücksichtigen. Die Bank hat die Verhältnisse in der Gesellschaft beeinflußt. Als Beispiel hierfür mag angeführt werden, daß der Kläger dadurch, daß die Bank die am 17. Januar 1955 erhaltenen 200 000 DM entgegen seinem Auftrag nicht der Beklagten alsbald gutgeschrieben hat, in die Zwangslage gebracht wurde, entweder seinen anderweitigen Verpflichtungen nicht nachkommen zu können oder so zu tun, als stehe ihm bei der Beklagten ein Guthaben zu, aus dem er die für seine restlichen Bauschulden und den

Baukostenzuschuß benötigten Gelder entnehmen könne. Hierhin gehört weiter, daß die Schulden der Beklagten gegenüber der Bank nicht ohne Zutun oder Willen der Bank entstanden sind. Wäre gar die Behauptung des Klägers richtig, daß der Zusammenbruch der Ce [REDACTED] auf der Belastung dieses Unternehmens mit geschäftsfremden Geschäften P [REDACTED]'s beruht, zu denen die Bank ihre Hand geliehen hat, so wäre von einem sehr aktiven Einfluß auszugehen. Man kann den Dingen nicht gerecht werden, ohne zu prüfen, inwieweit sie von der Bank gesteuert wurden. Das hat damit, daß die Bank bis zum 22. April 1955 noch nicht Gesellschafterin war, nichts zu tun.

b) Das vorgesellschaftliche Verhalten der Bank ist auch insofern von Bedeutung, als es sich auf ihr gesellschaftliches Verhalten ausgewirkt hat. So kann ihr zwar nicht als eine Gesellschaftswidrigkeit angekreidet werden, daß sie die am 17. Januar 1955 erhaltenen 200 000 DM entgegen dem Auftrag des Klägers nicht alsbald der Beklagten gutschrieb, wohl aber, daß sie auf der Grundlage dieser Tatsache dann als Gesellschafterin gegen den Kläger den Vorwurf erhob, er habe mit der Verwendung von Geldern der Beklagten zur Deckung seiner restlichen Bauschulden und des Baukostenzuschusses Gesellschafteruntreue begangen. Da dieser Vorwurf auf einer eigenen Rechtswidrigkeit beruht, wiegt er sogar ganz besonders schwer. Ein weiteres Beispiel bietet der Vorgang Pr [REDACTED]. Insoweit kommt es, weil vorgesellschaftliches Verhalten, nicht darauf an, - damit erübrigte sich auch ein Eingehen auf die zahlreichen Angriffe der Revision zu diesem Punkt -, ob sich die Bank an einer Sperrmarkschiebung beteiligt hat und ob sie in ein Devisenvergehen verwickelt ist, sondern einzig und allein darauf, ob P [REDACTED] unternehmensfremde Geschäfte, sei es allein, sei es unter Beteiligung der Bank, vornahm und den Verlust daraus im Einvernehmen mit der Bank auf die Ce [REDACTED] abwälzte

und damit die Gefahr einer Inanspruchnahme des Klägers aus seiner Bürgschaft für die Ce[REDACTED] erhöhte. Denn, wenn das richtig ist oder gar die weitere Behauptung des Klägers zuträfe, es habe sich dabei um weit höhere Beträge als um seine Entnahmen für Hi[REDACTED]straße gehandelt, so wären die Vorwürfe der Bank, der Kläger sei der Bürgschaft wegen untragbar hoch verschuldet und bei den Entnahmen zum Bau seines Hauses Hi[REDACTED]straße habe er rücksichtslos eine Ausgabenwirtschaft betrieben, die keinen Unterschied zwischen der Gesellschaftskasse und seiner eigenen Brieftasche gekannt habe, eine recht schwerwiegende Entgleisung.

4. Für die Zeit, nachdem die Bank Gesellschafterin geworden war, bedarf es nach Lage der Dinge keiner Entscheidung der Frage, ob die Gründe, die möglicherweise eine Ausschließung des Klägers verbieten, allein nach dem Verhalten der Bank zu beurteilen sind oder ob dabei auch das Verhalten P[REDACTED]'s als ihres Treugebers in Betracht zu ziehen ist. Grundsätzlich hat der Treuhänder die Gesellschafterstellung inne. Im allgemeinen kommt es für die Beurteilung einer Ausschließung auch darauf an, was "i n" der Person der Gesellschafter liegt, und nicht darauf, inwieweit ihnen das Verhalten außenstehender Personen zugerechnet werden kann (vgl. BGH WM 1958, 49, 50). Für den Treugeber einer gesellschaftlichen Beteiligung kann dies aber anders liegen, wenn und solange er die Möglichkeit hat, aus dem Hintergrund auf die gesellschaftlichen Verhältnisse einzuwirken und (oder) anstelle des Treuhänders wieder in die Gesellschaft einzutreten. So liegt es hier jedoch nicht. Es handelte sich um eine Sicherungsabtretung, die P[REDACTED] keine Einwirkungsmöglichkeit ließ. Wie der Kläger behauptet und die eingetretene Entwicklung bestätigt hat, war P[REDACTED] bereits bei Übertragung seines Geschäftsanteils so stark angeschlagen, daß sein Konkurs nicht mehr aufzuhalten

war. P. [REDACTED] war daher außer Stande, seinen Geschäftsanteil wieder zurückzuerwerben. In den eigenen Verantwortungsbereich der Bank fällt es, daß sie nach ihrem Eintritt in die Gesellschaft noch die Belastung der Beklagten mit geschäftsfremden Entnahmen P. [REDACTED]'s in Höhe von rund 50 000 DM gedeckt hat. Soweit es um den Konkurs P. [REDACTED]'s geht, genügt es zur Abwägung aller Umstände, sein noch in seine Mitgliedschaft fallendes Verschulden an seinem Konkurs zu berücksichtigen, da der in die Mitgliedschaft der Bank fallenden Konkursöffnung bloß formelle Bedeutung zukommt.

5. Wenn auch die der Bank gemachten Vorwürfe anders als die gegen den Kläger erhobenen Anschuldigungen nicht auf dem Gebiet geldlicher Verfehlungen liegen, ist ihr Verhalten doch keineswegs leicht zu nehmen. Das gilt nicht nur für die befremdlichen Umstände, unter denen sie schwerwiegende Vorwürfe gegenüber dem Kläger erhoben hat, sondern auch für die abfälligen Bemerkungen ihres Gesellschafters Walter Ho. [REDACTED] gegenüber Dr. K. [REDACTED] und Finanzbehörden sowie ihren Versuch, den Kläger über eine finanzamtliche Pfändung seines Geschäftsanteils aus der Gesellschaft hinauszudrängen. Wenn es richtig wäre, daß die Bank, wie der Kläger unter Beweis gestellt hat (S. 7 des Schriftsatzes vom 2.7.57, Band III S. 485; S. 12 des Schriftsatzes vom 2.12.57, Band III S. 517), nicht bloß über ihren eigenen Geschäftsanteil, sondern auch den des Klägers mit der Pi. [REDACTED]-Ba. [REDACTED] verhandelt hätte, so wäre auch das zu berücksichtigen. Die Verpachtung des Unternehmens an die Pi. [REDACTED]-GmbH, die der Kläger als die Auslieferung des Betriebes an ein Konkurrenzunternehmen gewertet wissen will, kann nicht damit abgetan werden, den Pachtvertrag hätten die Geschäftsführer der Beklagten abgeschlossen, denn nach dem Sachvortrag des Klägers liegt auf der Hand, daß dies auf Veranlassung der Bank geschehen ist. Wenn auch die Bank als

Gläubigerin der Beklagten ein berechtigtes Interesse daran hatte, zu ihrem Gelde zu gelangen, so durfte sie dabei doch nicht ihre gesellschaftlichen Pflichten gegenüber ihrem Mitgesellschafter verletzen. Unerhoben geblieben ist der Beweis (S. 10 ff des Schriftsatzes vom 13.11.56, Band II S. 321/23) dafür, daß mit der Pi [REDACTED]-Ba [REDACTED] neben den offiziellen Abmachungen zum Schaden des Klägers eine Sondervereinbarung getroffen worden sei; diese Behauptung kann durch die Aussage des Bankiers Walter Ho [REDACTED] vom 29.10.56 (Band II S. 306), die Bank komme auf Grund einer Sondervereinbarung dafür auf, daß die Pi [REDACTED]-GmbH in den beiden ersten Pachtjahren statt des vereinbarten Jahrespachtzinses von 33 000 DM nur 8 000 DM zu zahlen habe, sie (die Bank) werde aber "durch ein Geschäft entschädigt, das einen gleich hohen Nutzen abzuwerfen verspricht", nicht als aufgeklärt angesehen werden. Andererseits hätte sämtlichen Behauptungen der Beklagten über die angeblichen Verfehlungen des Klägers nachgegangen werden müssen. Was den Vorwurf anlangt, der Kläger habe das Unternehmen durch den am 28. Dezember 1955 gefaßten Ausschließungsbeschuß gefährdet, so kann er nicht einfach damit abgetan werden, dies sei die Reaktion auf ein rigoroses Vorgehen der Bank gewesen. Es kann aber auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, die Bank würde ihre Drohung, die Kredite zu realisieren, rücksichtslos wahrgemacht haben. Unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und der beiderseitigen Interessen war vielmehr zu prüfen, ob die Ausschließung der Bank zu einer ernst zu nehmenden Gefährdung der Beklagten führen konnte. Das wird sowohl zu verneinen sein, wenn der Ausschließungsbeschuß vom 28. Dezember 1955 unberechtigt war und darum gar nicht zum Verlust der Mitgliedschaft der Bank führen konnte, wie auch, wenn der Kläger, und sei es auch bloß mit Hilfe Dritter, in der Lage war, die Gesellschaft und das Unternehmen fortzusetzen.

und damit die Gefahr einer Inanspruchnahme des Klägers aus seiner Bürgschaft für die Ce [REDACTED] erhöhte. Denn, wenn das richtig ist oder gar die weitere Behauptung des Klägers zuträfe, es habe sich dabei um weit höhere Beträge als um seine Entnahmen für Hi [REDACTED]straße gehandelt, so wären die Vorwürfe der Bank, der Kläger sei der Bürgschaft wegen untragbar hoch verschuldet und bei den Entnahmen zum Bau seines Hauses Hi [REDACTED]straße habe er rücksichtslos eine Ausgabenwirtschaft betrieben, die keinen Unterschied zwischen der Gesellschaftskasse und seiner eigenen Brieftasche gekannt habe, eine recht schwerwiegende Entgleisung.

4. Für die Zeit, nachdem die Bank Gesellschafterin geworden war, bedarf es nach Lage der Dinge keiner Entscheidung der Frage, ob die Gründe, die möglicherweise eine Ausschließung des Klägers verbieten, allein nach dem Verhalten der Bank zu beurteilen sind oder ob dabei auch das Verhalten P [REDACTED]'s als ihres Treugebers in Betracht zu ziehen ist. Grundsätzlich hat der Treuhänder die Gesellschafterstellung inne. Im allgemeinen kommt es für die Beurteilung einer Ausschließung auch darauf an, was "in" der Person der Gesellschafter liegt und nicht darauf, inwieweit ihnen das Verhalten außenstehend Personen zugerechnet werden kann (vgl. BGH WM 1958, 49, 50). Für den Treugeber einer gesellschaftlichen Beteiligung kann dies aber anders liegen, wenn und solange er die Möglichkeit hat, aus dem Hintergrund auf die gesellschaftlichen Verhältnisse einzuwirken und (oder) anstelle des Treuhänders wieder in die Gesellschaft einzutreten. So liegt es hier jedoch nicht. Es handelte sich um eine Sicherungsabtretung, die P [REDACTED] keine Einwirkungsmöglichkeit ließ. Wie der Kläger behauptet und die eingetretene Entwicklung bestätigt hat, war P [REDACTED] bereits bei Übertragung seines Geschäftsanteils so stark angeschlagen, daß sein Konkurs nicht mehr aufzu-

V.

Aus allen diesen Gründen war das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht vorzubehalten, da sie vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Nastelski Dr. Haidinger Dr. Kuhn Dr. Haager Dr. Reinicke