

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 23/71

URTEIL

Verkündet am

24. Januar 1972
Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Erwin W [REDACTED], E [REDACTED],
Kreis N [REDACTED], G [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Anton G e [REDACTED], K [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 22. Januar 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger befaßt sich mit dem Abbau von Bims. Im Jahre 1963 hat er, nachdem er zuvor mehrere bimsführende Grundstücke zu einem Preis von 243.000 DM erworben hatte, die Ausbeuterechte an diesen Grundstücken an die Firma A [REDACTED] in N [REDACTED] für 863.252,55 DM veräußert. An dem aus diesem Geschäft erzielten Gewinn sollte der Beklagte zu 50 % beteiligt werden. Nach dem

- 3 -

Abschluß der Veräußerungsverträge hat ihm der Kläger 229.500 DM gezahlt. Er behauptet, das sei als Vorschuß auf den Gewinnanspruch geschehen. Aus zwei Gründen habe jedoch das Geschäft, wie sich später herausgestellt habe, im Ergebnis keinen Gewinn gebracht. Er habe der Firma A [REDACTED] seinerzeit garantiert, daß in dem auszu-beutenden Gelände mindestens 432.000 t Bims abgebaut werden könnten. Es habe sich jedoch gezeigt, daß die Grundstücke sehr viel weniger ergiebig gewesen seien. Er habe daher anderweit große Bismengen für 2 DM je Tonne beschaffen müssen, um seine Garantiepflicht zu erfüllen. Gewinnmindernd seien außerdem seine Verluste aus einem mit den Veräußerungsverträgen gekoppelten Lohnabbauvertrag zu berücksichtigen. Darin habe er es übernommen, zu einem festen Tonnenpreis den Bims für die Firma A [REDACTED] abzubauen. Infolge unvorhersehbarer Abbauschwierigkeiten hätten seine tatsächlichen Aufwendungen den Tonnenpreis weit überstiegen. Der Beklagte müsse deshalb, so meint der Kläger, die 229.500 DM zurückzahlen. Der Betrag mindere sich lediglich um 20.000 DM, mit denen er gegen eine Forderung des Beklagten aufgerechnet habe.

Der Beklagte wendet in erster Linie ein, er sei - was unstreitig ist - auf Grund eines Vertrages vom 9. Februar 1962 als stiller Gesellschafter zu 50 % am Gewinn eines vom Kläger betriebenen Geschäfts beteiligt gewesen, dessen Zweck nach dem Gesellschaftsvertrag in der Ausbeute von Bimsgrundstücken in vier näher bezeichneten Flurbezirken



bestanden habe. Auch seine Beteiligung am Gewinn aus dem Geschäft mit der Firma A [REDACTED] ergebe sich nicht etwa aus einer davon unabhängigen, vom Kläger behaupteten mündlichen Vereinbarung, sondern aus diesem Vertrag. Die Zahlung der 229.500 DM sei nur eine Abschlagzahlung auf mehrere Ansprüche gewesen, die sich für ihn aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben hätten. Einen etwaigen Rückzahlungsanspruch könne der Kläger erst nach einer Auseinandersetzung über die gesamten Rechtsbeziehungen der Parteien geltend machen. An einem etwaigen Gewinn aus dem Lohnabbauvertrag mit der Firma A [REDACTED] habe ihn der Kläger nicht beteiligt. Deshalb sei dieser auch nicht berechtigt, seinen Gewinnanspruch aus den Veräußerungsverträgen um den halben Verlust aus dem Lohnabbauvertrag zu kürzen.

Das Landgericht hat die auf Rückzahlung eines Teilbetrages von 50.000 DM nebst Zinsen gerichtete Klage als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache zur Entscheidung über dessen Höhe an das Landgericht zurückverwiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hält die Vereinbarung der Parteien über eine Beteiligung des Beklagten am Geschäft mit der Firma A [REDACTED] für ein Vertragsverhältnis, das vom Gesellschaftsvertrag vom 9. Februar 1962 unabhängig und deshalb entgegen der Ansicht des Beklagten selbständig abzuwickeln sei. Seine Beteiligung habe sich nicht nur auf den Erwerb der Grundstücke und die Weiterveräußerung der Ausbeuterechte, sondern auf das gesamte mit der Firma A [REDACTED] abgeschlossene Geschäft erstreckt. Für seinen Anspruch sei daher nicht nur der Veräußerungsgewinn maßgebend. Er müsse vielmehr als gewinnmindernd gegen sich gelten lassen, was der Kläger an Verlusten aus der Garantiezusage und der Lohnabbauverpflichtung erlitten habe.

Gegen diesen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts wendet sich die Revision mit einer Reihe von Rügen. Bei diesen handelt es sich jedoch im wesentlichen um unzulässige Angriffe gegen die dem Tatrichter vorbehaltenene Beweiswürdigung, die im vorliegenden Falle möglich ist, den gesamten Streitstoff erfaßt, Wortlaut und Sinn des Gesellschaftsvertrages berücksichtigt, auch sonst von Rechtsfehlern nicht beeinflusst ist und daher das Revisionsgericht bindet (§ 561 Abs. 2 ZPO). Auf die Frage, ob die Parteien den Gesellschaftsvertrag aufgehoben haben, kommt es nicht an. Entscheidend

war für das Berufungsgericht, daß das Geschäft mit der Firma A [REDACTED] nur durch eine Zusatzvereinbarung in diesen Vertrag hätte einbezogen werden können, weil dessen Zweck darin bestanden hatte, den Beklagten an dem Gewinn des Klägers aus der eigenen Ausbeute von Bimsgrundstücken in vier Flurbezirken zu beteiligen, während im Streitfall die Grundstücke zum Teil in anderen Bezirken lagen und die Ausbeute nicht für Rechnung des Klägers, sondern der Firma Aviszius erfolgen sollte. Von einer Erörterung der Verfahrensrügen im einzelnen, die der Senat geprüft und für unbegründet erachtet hat, wird gemäß Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Entlastung des Bundesgerichtshofs abgesehen.

2. Unter diesen Umständen kam es, damit das Berufungsgericht ein Urteil über den Grund des Anspruchs erlassen konnte, zunächst darauf an, ob der Kläger die 229.500 DM im Jahre 1963 gerade auf die damals erwarteten Gewinnbeteiligungsansprüche aus dem Aviszius-Geschäft gezahlt hat. Der Beklagte hatte das bestritten und behauptet, der Kläger habe mit jenen Zahlungen Ansprüche aus ganz anderen, von ihm im einzelnen bezeichneten Geschäften teilweise erfüllt (vgl. u. a. GA Bl. 33 ff., 129 und 131). Hierauf ist das Berufungsgericht nicht näher eingegangen. Daß jene Zahlungen Vorausleistungen auf das Geschäft mit der Firma A [REDACTED] sein sollten, hat es allein deshalb als erwiesen angesehen, weil Ziegler, der Buchhalter des Klägers, glaubhaft bekundet habe, daß der Kläger die Zahlungen im Zusammenhang mit dem hier in Rede stehenden Geschäft geleistet habe.

Jene Feststellung beruht, wie die Revision zutreffend rügt, auf einer Verletzung von § 139 ZPO. Der Zeuge hatte gemäß Beweisbeschluß vom 28. Juli 1966 (GA Bl. 55) über die Behauptung des Klägers vernommen werden sollen, die Parteien seien von Anfang an darüber einig gewesen, daß das mit dem Beklagten bzw. der Firma A [REDACTED] getätigte Geschäft nicht unter den Gesellschaftsvertrag falle, sondern als Einzelgeschäft behandelt und abgerechnet werde. Hierzu hat er unter anderm bekundet, er wisse, daß zwischen den Parteien Verträge bestanden hätten oder bestünden, wonach der Beklagte am Gewinn der Ausbeute von Bimsgrundstücken habe beteiligt werden sollen, und daß die Parteien einen schriftlichen Vertrag geschlossen hätten. Im Vernehmungsprotokoll heißt es dann weiter: "Ich weiß auch, daß der Kläger dem Beklagten im Zusammenhang mit einem Geschäft mit A [REDACTED] einen Betrag von 228.000 DM gezahlt hat. M.E. muß dieses Geschäft mit dem schriftlichen Vertrag zusammenhängen, den die Parteien geschlossen haben".

Im ersten Rechtszuge hat diese Aussage keine Rolle gespielt. Im zweiten Rechtszuge hat das Berufungsgericht zunächst erkennen lassen, daß es dieser Aussage für die Frage, aus welchem Rechtsgrund der Beklagte die in Teilbeträgen gezahlten 229.500 DM erhalten hat, ebenfalls keine oder jedenfalls keine ausschlaggebende Bedeutung beilegte; denn es hat, ohne die Aussage zu erwähnen,

in Ziffer 3 seiner Verfügung vom 10. Juni 1969 (GA Bl. 171) die Parteien aufgefordert zu erklären, ob aus ihren Geschäftsbüchern hervorgehe, daß die einzelnen Teilbeträge auf eine voraussichtliche Gewinnbeteiligung des Beklagten an dem Geschäft mit der Firma A [REDACTED] geleistet worden seien, verneinendenfalls, welche Beweise der Kläger und welche Gegenbeweise der Beklagte antrete. Auch der Kläger hat bei der Beantwortung dieser Frage nicht geltend gemacht, daß sich Ziegler dazu bereits geäußert habe. Im Schriftsatz vom 4. Mai 1970 S. 2 (GA Bl. 189) hat er vielmehr lediglich behauptet, der Zweck der Zahlungen ergebe sich aus seinen Geschäftsbüchern, und Beweis dafür durch das Gutachten eines Sachverständigen angetreten. Im Schriftsatz vom 20. Mai 1970 S. 3 hat er diese Behauptung dahin erläutert, daß in den Geschäftsbüchern bei den Zahlungen vermerkt sei: "An W [REDACTED]".

Unter diesen Umständen durfte der Beklagte die gegnerische Behauptung, mit den 229.500 DM habe gerade sein Gewinnanspruch aus dem A [REDACTED]-Geschäft bevorzucht werden sollen, zumindest bis dahin für unbewiesen und weitere Ausführungen dazu für entbehrlich halten. Wollte das Berufungsgericht nach diesem Prozeßverlauf dennoch die Aussage Z [REDACTED] gegen den Beklagten verwerten, so hätte es ihm zunächst gemäß § 139 ZPO Gelegenheit geben müssen, dazu Stellung zu nehmen. Der Beklagte hätte sich dann zwar nicht, wie die Revision meint, auf die erneute Vernehmung des Zeugen berufen können; denn dieser war nach dem Vortrag des Klägers

im Schriftsatz vom 4. Mai 1970 inzwischen verstorben. Der Beklagte hätte aber, was die Revision ersichtlich auch in diesen Zusammenhang gestellt hat, geltend machen können: Bei der Bemerkung, der Kläger habe "im Zusammenhang" mit dem A[REDACTED]-Geschäft 228.000 DM an ihn gezahlt, habe es sich nur um eine beiläufige Äußerung des Zeugen außerhalb des eigentlichen Beweisthemas gehandelt; außer auf einen rechtlichen, könne diese Bemerkung auch auf einen wirtschaftlichen oder nur zeitlichen Zusammenhang hinweisen, weil der Kläger erst durch die Zahlung der Firma A[REDACTED] Mittel für die Befriedigung schon vorher fällig gewesener Ansprüche erhalten habe; eine klare Anrechnungsbestimmung lasse die Bemerkung des Zeugen nicht erkennen; die Zahlung in Teilbeträgen mit größeren zeitlichen Abständen spreche gegen die Annahme, der Kläger habe damit gerade Gewinnansprüche aus dem A[REDACTED]-Geschäft bevorschussen wollen, zumal er sonst nie Vorschüsse gezahlt, sondern immer erst auf bereits abgeschlossene Geschäfte etwas geleistet habe; eine Erklärung dafür, warum er auf das A[REDACTED]-Geschäft gerade 229.500 DM geleistet habe, habe der Kläger nicht gegeben; einen Teilbetrag von 100.000 DM habe er ihm - dem Beklagten - zunächst überhaupt nicht als Gewinn, sondern nur darlehnsweise gezahlt und sich erst später mit der Verrechnung dieser Darlehnsforderung gegen seine Schulden einverstanden erklärt; im übrigen habe der Kläger, obwohl sein angeblicher Rückzahlungsanspruch schon im Jahre 1964 bestanden haben würde, für eine Schuld seiner Frau gegenüber

ihm - dem Beklagten - noch in einer Urkunde vom 29. Januar 1965 die persönliche Haftung übernommen und sich verpflichtet, diese Schuld auf bestimmte Weise zu begleichen. Der Beklagte hätte dadurch das Berufungsgericht veranlassen können, sich auch mit diesen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen. Die Möglichkeit, daß es dann zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre, ist nicht auszuschließen. Die Sache muß daher zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

3. Sollte das Berufungsgericht wiederum bejahen, daß der Kläger die 229.500 DM auf die Ansprüche des Beklagten aus dem A[REDACTED]-Geschäft gezahlt hat, so kommt es darauf an, ob der Kläger mit großer Wahrscheinlichkeit in irgendeiner Höhe einen Rückzahlungsanspruch hat; denn nur dann darf ein Grundurteil erlassen werden (vgl. u. a. BGH WM 1962, 842 und LM ZPO § 304 Nr. 16). Ob das Berufungsgericht diesen rechtlichen Gesichtspunkt bisher hinreichend berücksichtigt hat, ist zweifelhaft, weil es in diesem Zusammenhang nur "etwaige" Verluste aus der Lohnausbeute erörtert (BU S. 11), keine Feststellung trifft, ob der Beklagte tatsächlich Leistungen aus der Garantiezusage erbracht hat und insoweit auch nur anführt, deshalb vermindere sich der Gesamtgewinn "möglicherweise" um 410.000 DM (BU S. 10/11). Außerdem kann der Erlaß eines Grundurteils oder jedenfalls eines vorbehaltlosen Grundurteils davon

abhängen, ob der Beklagte, was das Berufungsgericht am Ende seiner Entscheidungsgründe offenläßt, mit Gegenforderungen aufgerechnet hat (vgl. BGHZ 11, 63 ff.; BGH LM ZPO § 304 Nr. 19 sowie aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts insbesondere die Entscheidungen RG JW 1904, 39 Nr. 6 und RGZ 61, 410 ff.).

Stimpel	Dr. Schulze	Fleck
Dr. Kellermann		Dr. Tidow