

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 30/74

URTEIL

Verkündet am

27. Januar 1975

W e r n e r ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Industriekaufmanns Gilbert R [REDACTED] ,
S [REDACTED] (Sch [REDACTED]), Rue O [REDACTED]-B [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] . [REDACTED] -

gegen

1. den Kaufmann Konsul Hans-David Z [REDACTED] , Ha [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten,

2. den Kaufmann Konsul Walter K [REDACTED] , Ha [REDACTED],
Sc [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1975 durch die Richter Fleck, Dr. Bauer, Dr. Kellermann, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Teilurteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 10. Dezember 1973 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, ein Schweizer Industriekaufmann, verlangt von den Beklagten, zwei deutschen Kaufleuten, Ersatz des Schadens, den er angeblich erlitten hat, weil die von den Parteien vereinbarte Gründung einer Aktiengesellschaft zur Herstellung von Eismaschinen unterblieben ist.

Die Parteien schlossen am 20. Oktober 1970 am Wohnsitz des Klägers in S (Sch) einen schriftlichen Vertrag in französischer Sprache, in dem sie sich verpflichteten, bis zum 31. Dezember 1970 unter der Firma "In Z S. A." eine Aktiengesellschaft mit Sitz in S zu gründen. Das Grundkapital sollte 300.000 sfr betragen und zu 51 % (= 153.000 sfr) vom Beklagten Z , zu 44 % (= 132.000 sfr) vom Beklagten K und zu 5 % (= 15.000 sfr) vom Kläger aufgebracht werden. Der Kläger verpflichtete sich, bis 15. Februar 1971 auf einem eigenen und einem von ihm noch zu erwerbenden weiteren Grundstück auf seine Kosten eine Fabrikations-

- 3 -

halle zu errichten und diese der Aktiengesellschaft gegen ein jährliches Entgelt von 40.000 sfr zur Verfügung zu stellen. Er sollte das Unternehmen leiten und dafür eine "Unternehmervergütung" von 60.000 sfr im Jahre erhalten.

Der Kläger erwarb das zusätzliche Grundstück und errichtete die Halle. Zur Gründung der Aktiengesellschaft kam es indes nicht, weil die Kapitaleinlagen nicht erbracht wurden. Daran seien, so behauptet der Kläger, die Beklagten schuld. Der Beklagte Z■■■■ sei schon bei Vertragsschluß insolvent gewesen. Dem Beklagten K■■■ sei dies bekannt gewesen. Dennoch habe er den Kläger davon nicht unterrichtet. Dies berechtige ihn, von den Beklagten als Gesamtschuldnern Ersatz des Erfüllungsinteresses nach folgender Berechnung, die von einer vereinbarten Mindestdauer der Gesellschaft von fünf Jahren ausgehe, zu fordern:

Entgelt zur Nutzung der Grundstücke und der Halle (5 x 40.000 sfr) =	200.000 sfr
Vergütung für Unternehmensleitung (5 x 60.000 sfr) =	300.000 sfr
Gewinnentgang aus der Beteiligung am Aktienkapital (5 x 15.000 sfr) =	75.000 sfr
Anspruch wegen entgangener Einnahmen bei nach der Lebenserfahrung anzunehmender Fortsetzung der Gesellschaft über die Minstdauer hinaus bzw. auf "Ausgleichsleistung" bei Abbruch der Halle nach fünf Jahren =	<u>300.000 sfr</u>
Auf den Schaden von	875.000 sfr
lasse er sich wegen anderweitiger Vermietung der Halle einen Betrag von	<u>200.000 sfr</u>
anrechnen. Von den restlichen	675.000 sfr



verlangt der Kläger von den Beklagten in der Reihenfolge der aufgeführten Schadensposten den Teilbetrag von 615.850 sfr zuzüglich Zinsen. Hilfsweise begehrt er die Festsetzung des Schadens nach richterlichem Ermessen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Abweisung der Klage gegen den Beklagten K■■■■ bestätigt. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte K■■■■ beantragt, verfolgt der Kläger seine Klage gegen diesen weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur die Klage gegen den Beklagten K■■■■. Das Berufungsgericht beurteilt den Klageanspruch nach Schweizer Recht. Es führt aus, der Vertrag vom 20. Oktober 1970, der die Gründung einer Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht bezwecke und in der Schweiz mit einem Schweizer Kaufmann unter Hinzuziehung eines schweizerischen Notars in französischer Sprache abgeschlossen worden sei, sei aufgrund dieser Umstände dahin auszulegen, daß die Vertragsparteien ihn dem Schweizer Recht unterstellen wollten. Diese tatrichterliche Vertragsauslegung, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt und von der Revision gebilligt wird, ist für das Revisionsgericht bindend. Damit greift § 549 Abs. 1 ZPO ein, wonach die Revision nicht auf die Verletzung ausländischen Rechts gestützt werden kann.

II. Das Berufungsgericht läßt die Klage scheitern, weil der Kläger vom Beklagten K■■■■ allenfalls Ersatz des Schadens verlangen könne, der darauf beruhe, daß er auf die Gründung der Aktiengesellschaft vertraut und deswegen

Aufwendungen gemacht habe (negatives Interesse), während der Kläger trotz eingehenden Hinweises in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht ausdrücklich nur den ihm aus der Nichtgründung der Aktiengesellschaft erwachsenen Schaden (Erfüllungsinteresse), nicht aber seine Investitionen, erstattet verlange.

1. Das Berufungsgericht führt aus, dem Kläger könne gegen den Beklagten K■■ ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluß zustehen, wenn seine Behauptung richtig sei, der Beklagte Z■■ sei schon bei Vertragsabschluß zahlungsunfähig gewesen und dies habe K■■ gewußt. Dieser Anspruch gehe aber nach Schweizer Recht auf den Ersatz des negativen Interesses, das der Kläger nicht erstattet verlange.

Unterstelle man dagegen, der Beklagte K■■ habe erst nach Abschluß des Vertrages, weil er von der Zahlungsunfähigkeit des Beklagten Z■■ erst auf der Rückfahrt von S■■ erfahren habe, es schuldhaft unterlassen, den Kläger davon zu unterrichten, dann könne ein Verstoß gegen die dem Beklagten aus dem Vertrag vom 20. Oktober 1970 obliegende Treuepflicht vorliegen. Dies begründe zwar einen Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses, ver helfe der Klage aber nicht zum Erfolg. Der Erfüllungsschaden decke sich in diesem Falle mit dem Vertrauensschaden. Der Kläger könne nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn K■■ ihn über die Zahlungsunfähigkeit von Z■■ aufgeklärt hätte. In diesem Falle hätte der Kläger rechtzeitig erkannt, daß die Gründung der Aktiengesellschaft fragwürdig geworden sei und voraussichtlich keine Aufwendungen für den Bau der Halle erbracht. Den Ersatz dieser Aufwendungen verlange der Kläger aber gerade nicht.

Diesen Ausführungen hält die Revision entgegen, das Berufungsgericht entnehme die Rechtsbegriffe "Erfüllungsinteresse" und "negatives Interesse" dem deutschen Recht, was zu ihrer Nachprüfbarkeit führe; ihre Gleichsetzung im vorliegenden Falle beruhe auf einem Denkfehler. Die erste Rüge findet im Berufungsurteil keine Stütze. Die Gründe des angefochtenen Urteils lassen vielmehr erkennen, daß das Berufungsgericht sich stets dessen bewußt war, daß für den vorliegenden Rechtsstreit Schweizer Recht maßgebend ist. Was den zweiten Vorwurf betrifft, so übersieht die Revision, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht das Interesse an der Erfüllung der Verpflichtung zur Gründung der Aktiengesellschaft, sondern an der Erfüllung der Aufklärungspflicht als Nebenpflicht meint. Insoweit deckt sich aber in der Tat "Erfüllungsinteresse" mit dem negativen Interesse, das aber vom Kläger nicht geltend gemacht wird.

Einen Verfahrensfehler (§ 286 ZPO) sieht die Revision darin, daß das Berufungsgericht den unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers übersehen habe, der Beklagte K. habe unmittelbar nach Abschluß des Vertrages am 20. Oktober 1970 auf der Fahrt zum Bahnhof in S. einem Zeugen gegenüber erklärt, er fahre nun nach G., um seiner Bank die Anweisung zur Zahlung seines Gründeranteils zu geben. Der Zeuge habe dies dem Kläger mitgeteilt und dadurch dessen Vertrauen auf Einhaltung der Gründerpflichten durch den Beklagten K. bestärkt. Wenn das Berufungsgericht diesen Sachverhalt pflichtgemäß festgestellt hätte, wäre ein weiterer Rechtsgrund für einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse wegen positiver Vertragsverletzung gegeben gewesen. Diese Rüge greift schon deshalb nicht durch, weil der Vortrag des Klägers von der Rechtsauffassung aus, die das Berufungsgericht für das schweizerische Recht eingenommen hat und die der Senat nach § 549

Abs. 1 ZPO nicht nachzuprüfen hat, unerheblich war. Nach dieser Auffassung begründet ein unmittelbar nach Vertragsschluß begangenes schuldhaft vertragswidriges Verhalten des Beklagten K■■■■, das die Fortdauer des Vertrauens des Klägers in die Gründung der Aktiengesellschaft bewirkte, lediglich einen Anspruch auf Erstattung der im Vertrauen auf die Gründung der Aktiengesellschaft gemachten Aufwendungen, die der Kläger, wie schon mehrfach erwähnt, nicht fordert. Von diesem Standpunkt aus führt auch der angeblich übersehene Vortrag des Klägers, seine Richtigkeit unterstellt, zu keinem Erfolg der Klage.

2. Das Berufungsgericht hat weiter geprüft, ob dem Kläger ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages vom 20. Oktober 1970 zusteht. Es hat festgestellt, daß die Parteien durch diesen Vertrag eine "einfache Gesellschaft" im Sinne der Art. 530 ff des Schweizer Obligationenrechts (OR) gegründet haben und ausgeführt: Der vom Kläger verlangte Ersatz des durch die Nichtgründung der Aktiengesellschaft entstandenen Schadens stehe ihm gemäß Art. 538 OR nur zu, wenn der Beklagte K■■■■ seine Gesellschafterpflichten schuldhaft nicht erfüllt und dadurch die Gründung der Aktiengesellschaft vereitelt habe. Das tatsächliche Vorbringen des Klägers rechtfertige diese Feststellung nicht. Der Beklagte K■■■■ habe zwar seine Einlage auf das Aktienkapital nicht geleistet. Daran treffe ihn aber keine Schuld. Eine geringfügige Überschreitung des Zahlungstermins vom 31. Dezember 1970 habe die Gründung der Aktiengesellschaft nicht verhindert. Ab Anfang Januar 1971 sei K■■■■ aber berechtigt gewesen, seine Einlage einstweilen zurückzuhalten. Die Parteien hätten im Vertrag vom 20. Oktober 1970 eine sog. Simultangründung vereinbart. Dennoch sei dem Beklagten Z■■■■ in einem Schreiben des vom Kläger beigezogenen Schweizer Rechtsanwalts und Notars vom 12. Januar 1971

die Möglichkeit eingeräumt worden, seine Einlage auch durch Warenlieferungen zu erbringen. Einer Sachgründung aber habe der Beklagte K. nicht zuzustimmen brauchen. Bis zur Klärung dieser Frage, zu der es allerdings nie gekommen sei, sei er berechtigt gewesen, seine Einlage zurückzuhalten. Ob diese von der Revision angegriffene Beurteilung materiell-rechtlich haltbar ist, hat der Senat nicht zu prüfen. Denn auch insoweit handelt es sich um die nicht revisible Anwendung ausländischen Rechts auf den vorliegenden Sachverhalt (§§ 549 Abs. 1, 550 ZPO).

3. Das Berufungsgericht führt schließlich aus, die Verletzung weiterer Gesellschaftspflichten durch den Beklagten K. komme nicht in Betracht. K. habe nur die sich aus dem Vertrag vom 20. Oktober 1970 ergebenden Pflichten übernommen. Zwar behaupte der Beklagte Z., K. habe sich über den Vertrag hinaus verpflichtet, der Gesellschaft binnen kürzester Frist ein Darlehen zu gewähren und Bürgschaften zu beschaffen. Diesen Vortrag habe sich aber der Kläger ausdrücklich nicht zu eigen gemacht. Dem widerspricht die Revision zu Unrecht. Der Kläger hat im Schriftsatz vom 25. September 1972 (GA 115) den Vortrag des Beklagten Z., der Beklagte K. "habe die Verpflichtung übernommen, der Gründungsgesellschaft DM 300.000 darlehensweise zur Verfügung zu stellen", als "eine schwerwiegende Entstellung" bezeichnet und eingehend begründet, daß sich die von den Beteiligten im Rahmen der Gesellschaftsgründung übernommenen Pflichten abschließend aus dem Vertrag vom 20. Oktober 1970 ergeben. Dem Akteninhalt läßt sich nicht entnehmen, daß der Kläger diesen Vortrag widerrufen und sich dem Vorbringen des Beklagten Z. angeschlossen hat. Demgegenüber führt die Revision an, der Kläger habe sich im Schriftsatz vom 8. November 1973 (GA 454) auf ein Schreiben des

Bevollmächtigten des Beklagten Z [REDACTED] an den schweizerischer Rechtsanwalt des Klägers vom 19. Februar 1971 bezogen, in dem die Behauptung über die Darlehensverpflichtungen des Beklagten K [REDACTED] enthalten sei. Damit, so meint die Revision, habe sich der Kläger ausdrücklich auf den in diesem Schreiben geschilderten Sachverhalt berufen. Dabei ist ihr entgangen, daß der Kläger in demselben Schriftsatz (GA 444) von dem Inhalt des Schreibens abgerückt ist. Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger selbst habe eine Darlehensverpflichtung des Beklagten K [REDACTED] nicht behauptet, ist demnach nicht aktenwidrig.

Nach alledem war die Revision des Klägers als unbegründet zurückzuweisen.

Fleck

Dr. Bauer

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Kellermann kann
urlaubshalber nicht
unterschreiben.

Fleck

Bundschuh

Dr. Skibbe