

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 49/73

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
28. April 1975
Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. des Angestellten Heinrich (genannt Heiner) B [REDACTED],
Ko [REDACTED], My [REDACTED] Straße [REDACTED],
2. des Angestellten Friedrich August (genannt Friedel)
B [REDACTED], M [REDACTED], Kr [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Heinrich B [REDACTED], M [REDACTED],
K [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1975 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. November 1972 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Sache befindet sich im zweiten Revisionsverfahren. Wegen des Sach- und Streitstands wird auf das Urteil des Senats vom 26. Oktober 1970 - II ZR 4/69 - WM 1971, 20 Bezug genommen. Das Berufungsgericht hat nunmehr die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger ihren Hauptantrag auf Ausschließung des Beklagten und ihren Hilfsantrag auf Auflösung der Gesellschaft weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Zum Hauptantrag stellt das Berufungsgericht mehrere Verstöße des Beklagten gegen seine gesellschaftsvertraglichen Pflichten fest, gelangt aber in einer Gesamtwürdigung zu dem Ergebnis, daß diese seine Ausschließung aus der Gesellschaft nicht rechtfertigten: Der Beklagte habe die Manipulationen, die ihm als Benachteiligung der Kläger oder zumindest als schwerwiegender Verdacht einer solchen Benachteiligung vorzuwerfen seien, nur deshalb vornehmen können, weil er allein zur Geschäftsführung befugt gewesen sei. Würde diese Machtfülle beschnitten, so wäre eine der wesentlichen Ursachen für die entstandenen Unzuträglichkeiten beseitigt. In der letzten mündlichen Verhandlung sei der Beklagte deshalb gefragt worden, ob er bereit wäre, sich einer Einschränkung seiner Rechte und der Kontrolle seiner Tätigkeit durch einen Dritten zu unterwerfen. Das habe er grundsätzlich bejaht und damit zu erkennen gegeben, daß er an seiner Machtfülle nicht unnachgiebig festhalte. Die Kläger zweifelten zwar die Echtheit oder Beständigkeit dieser Erklärung an. Daran sei auch richtig, daß sich der Beklagte in der Vergangenheit nicht besonders kooperationsfähig gezeigt habe. Daraus könne jedoch nicht geschlossen werden, es handele sich nur um ein Lippenbekenntnis.

Mit dieser Begründung läßt sich die Klage nicht abweisen.

1. Das Berufungsgericht geht zwar im Anschluß an das erste Revisionsurteil und die ständige Rechtsprechung des erkennenden Senats davon aus, daß die Ausschließung eines Gesellschafters nur das letzte Mittel ist, um einem



116

aufgetretenen Zerwürfnis unter den Gesellschaftern Rechnung zu tragen. Das bedeutet, daß in der Regel ein wichtiger Grund zur Ausschließung nicht zu bejahen ist, wenn eine Regelung gefunden werden kann, die den beklagten Gesellschafter weniger belastet, andererseits aber auch für die klagenden Gesellschafter zumutbar ist. Zumutbar für sie kann aber, wenn "an sich" ein wichtiger Grund zur Ausschließung besteht, nur eine Änderung des Gesellschaftsvertrages sein. Der beklagte Gesellschafter muß mithin, wenn er die Ausschließung abwenden will, von sich aus oder auf Anregung des Gerichts eine für die Kläger zumutbare verbindliche Vertragsänderung anbieten. Ohne ein solches Angebot ist, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 140 HGB vorliegen, die Ausschließung auszusprechen; und nur wenn die Annahme eines verbindlich erklärten Angebots nach der Beurteilung des Gerichts unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls den klagenden Gesellschaftern zugemutet werden kann, entfällt der wichtige Grund für die Ausschließungsklage.

Diese Gesichtspunkte hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt. Es mag sein, daß es - wenn gleich insoweit eine eindeutige Feststellung fehlt - in dem beanstandeten Verhalten des Beklagten und der hierdurch hervorgerufenen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses unter den Gesellschaftern einen Ausschließungsgrund erblickt hätte, wenn sich der Beklagte zu einer Beschränkung seiner Geschäftsführungsrechte nicht "grundsätzlich bereit" erklärt hätte. Geht man aber hiervon aus, so würde, wie sich aus den obenstehenden Ausführungen ergibt, durch die bloße Bereitschaftserklärung des Beklagten der wichtige Grund nicht weggefallen sein. Denn ein "letzter Versuch", mit dem Beklagten in der Gesellschaft auszukommen, wie ihn das Berufungsgericht im Rahmen einer Neuregelung der Geschäftsführungsbefugnisse unter Einführung einer Drittkontrolle noch für

erforderlich hält, wäre den Klägern allenfalls zuzumuten, wenn durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages sichergestellt wäre, daß es überhaupt zu einem solchen Versuch kommen kann.

Das angefochtene Urteil kann daher schon aus diesem Grunde keinen Bestand haben.

2. Unabhängig davon rügt die Revision zu Recht, daß das Berufungsgericht die Frage, ob eine "mildere Regelung" als die Ausschließung den schutzwerten Belangen der Kläger genügen würde, geprüft hat, ohne deren Vorbringen über die von ihnen behaupteten Pflichtwidrigkeiten des Beklagten erschöpfend zu würdigen. Hierauf kommt es an: Denn ob den Klägern eine den Beklagten weniger belastende Neugestaltung des Gesellschaftsverhältnisses zuzumuten ist und worin sie bestehen könnte, hängt unter anderem wesentlich davon ab, wie das Gesamtverhalten des Beklagten zu beurteilen ist. Insofern hätten mindestens die tatsächlichen Vorgänge noch weiter aufgeklärt werden müssen, die dazu geführt haben, daß der Beklagte seinem Sohn am 2. November 1966 am Grundbesitz der Gesellschaft eine Hypothek bestellt und ihm Miete für die angebliche Überlassung von Maschinen gewährt hat.

Um diese Maßnahmen zu rechtfertigen, hatte der Beklagte behauptet, er habe aus dem Verkauf eines nicht der Gesellschaft gehörenden Grundstücks seinem Sohn zur Existenzgründung 80.000 DM gegeben. Daraus habe sein Sohn später der Gesellschaft Darlehen von mehr als 106.500 DM gewährt, indem er - der Beklagte - von dem Sparkonto seines Sohnes Lieferantenrechnungen beglichen habe. Nach erheblichen Rückzahlungen, aber unter Einbeziehung von Forderungen, die zunächst ihm selbst gegen die Gesellschaft zugestanden hätten und die er an seinen

Sohn abgetreten habe, habe die Schuld der Gesellschaft, zu deren Sicherung er die Hypothek bestellt habe, zum 31. Dezember 1966 noch fast 89.500 DM betragen. - Ein Teil der von der Gesellschaft verwendeten Maschinen habe ursprünglich ihm selbst gehört. Diese habe er seinem Sohn geschenkt. Andere Maschinen, die die Gesellschaft benötigt habe, habe sein Sohn gekauft. Alle diese Maschinen habe sein Sohn sodann der Gesellschaft vermietet.

Auch wenn das Berufungsgericht schon aus dieser eigenen Darstellung des Beklagten den Schluß gezogen hat, mit diesen höchst ungewöhnlichen und undurchsichtigen Geschäften hinter dem Rücken der Kläger habe der Beklagte gegen seine Gesellschafterpflichten verstoßen, so hätte es dennoch dem Vortrag der Kläger im Schriftsatz vom 28. April 1971 S. 3/4 = GA Bl. 456/57 nachgehen müssen, die Verstöße wüßen sehr viel schwerer. Der Beklagte habe seinem Sohn kein Geld aus einem Grundstücksverkauf geschenkt, sondern es habe sich bei dem unter dem Namen des Sohnes geführten Sparkonto in Wahrheit um ein allein aus Gesellschaftsmitteln gespeistes Firmenkonto gehandelt. Dieser Vortrag wäre deshalb erheblich gewesen, weil sich aus ihm - seine Richtigkeit unterstellt - eine Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen durch den Beklagten ergeben haben würde und dann auch die Vorgänge, die zu der sog. Maschinenmiete geführt hatten, möglicherweise in einem anderen Licht erscheinen würden. Zum Beweis ihrer Behauptungen hatten sich die Kläger auf die Vorlage des gesamten Sparbuchs berufen, die der Beklagte später auf S. 3 seines Schriftsatzes vom 7. April 1972 = GA Bl. 520, auch angeboten hatte. Diesen Beweis hat das Berufungsgericht jedoch nicht erhoben.

Da die Kläger in der neuen mündlichen Verhandlung Gelegenheit haben werden, auf eine noch weitergehende

Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken, braucht auf die Rügen, mit denen die Revision geltend macht, die Verfehlungen des Beklagten wögen auch in anderen Punkten schwerer als vom Berufungsgericht festgestellt, nicht mehr eingegangen zu werden.

II. Sollte das Berufungsgericht den Ausschließungsantrag wiederum für unbegründet halten, so wird es den Hilfsantrag der Kläger auf Auflösung der Gesellschaft erneut prüfen müssen.

Die nachhaltige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses, wie das Berufungsgericht sie selbst feststellt, rechtfertigt regelmäßig schon für sich allein den Auflösungsantrag (vgl. Ulmer, Großkomm. HGB, 3. Aufl., § 133 Ann. 32 m. w. N.). Das gilt zumal dann, wenn der Vertrauensschwund - wie schon nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts angenommen werden muß - im wesentlichen von dem Beklagten verschuldet ist. Auch wenn es Gründe gibt, die eine Übernahme des Geschäfts durch die klagenden Gesellschafter unter Berücksichtigung der Belange und Vorschläge des Beklagten als zu weitgehende Maßnahme erscheinen lassen, kann die Auflösungsklage als eine - aus der Sicht des beklagten Gesellschafters meist "mildere" Lösung - in Anbetracht seines Verhaltens sachgerecht und nach § 133 HGB geboten sein. Hierfür spricht im vorliegenden Fall, soweit er sich nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand beurteilen läßt, viel. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß

der Beklagte nach dem Gesellschaftsvertrag zwar im Falle seiner Ausschließung seinen Anteil an dem im wesentlichen von ihm selbst erarbeiteten Geschäftswert verlieren würde, ein solcher Verlust bei Auflösung der Gesellschaft dagegen nicht einzutreten braucht.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Dr. Kellermann

Dr. Skibbe