

086 NJ

Für das Nachschlagewerk !
Nicht für die Amtliche Sammlung !

1. Gesetz: ZPO § 282; BGB § 242

Rechtssatz:

Bei der Verwirkung obliegt dem Schuldner die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß der Gläubiger längere Zeit mit der Geltendmachung seiner Forderung zugewartet hat. Gegenüber einer solchen Behauptung des Schuldners ist es Aufgabe des Gläubigers, substantiiert zu bestreiten und darzulegen, wann und gegebenenfalls unter welchen Umständen er die Forderung in der zurückliegenden Zeit geltend gemacht hat.

2. Gesetz: HGB § 145

Rechtssatz:

Es kann den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen, wenn sich ein Gesellschafter auf Grund tatsächlich gegebener Umstände den entscheidenden Vermögenswert aus dem abgewickelten Geschäftsunternehmen der Gesellschaft ohne Gegenwert nutzbar macht, an dessen Verwertung die anderen Gesellschafter auf Grund der gleichen Tatumstände gehindert sind. Das ist z. B. der Fall, wenn ein Gesellschafter nach dem Zusammenbruch die auf seine aufgelösten Danziger Geschäftsunternehmen noch entfallenden Importquoten (Getreideimport) für sein neu gegründetes Einzelhandelsgeschäft verwertet. In einem solchen Fall muß dieser Gesellschafter seinem früheren Mitgesellschafter, der die Möglichkeit einer solchen Verwertung aus tatsächlichen Gründen nicht hatte, einen entsprechenden Ausgleich gewähren.

Aktenzeichen: II ZR 53/57

Urteil des BGH vom 19. Mai 1958 -

OLG	}	Hamburg
IG		

62
II ZR 53/57

Verkündet

am 19. Mai 1958

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 Kurt B [REDACTED], H [REDACTED] F [REDACTED]
[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED]

gegen

den Kaufmann G. Hugo Z [REDACTED], H [REDACTED]
M [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 19. Mai 1958 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter Dr. Fischer, Dr. Haager, Liesecke und Dr. Reinicke für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamburg vom 5. Februar 1957 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien waren annähernd gleichberechtigte geschäftsführende Gesellschafter zweier bedeutender offener Handelsgesellschaften in D■■■■■, die sich hauptsächlich mit der Ausfuhr landwirtschaftlicher Erzeugnisse befaßten. Im September und November 1944 vereinbarten die Parteien angesichts der bedrohlichen Kriegslage, größere Geldbeträge aus den Betrieben herauszuziehen und westwärts zu verlagern. Darauf überwies der Kläger - er führte damals die D■■■■■ Betriebe allein, da der Beklagte notdienstverpflichtet war und sich in Berlin und Staffelstein aufhielt - von den Geschäftskonten der beiden Firmen insgesamt etwa 400.000 RM auf Konten in B■■■■■ und H■■■■■. Dabei ist es zwischen den Parteien streitig, ob ein Betrag von etwa 200.000 RM auf das Konto einer der beiden Gesellschaften oder auf ein persönliches Konto des Beklagten überwiesen worden ist.

Nach dem Zusammenbruch geriet der Kläger in Danzig in polnische Zivilgefangenschaft, aus der er erst im Jahre 1949 in die Bundesrepublik zurückkehrte. Der Beklagte hingegen begab sich nach dem Zusammenbruch nach H■■■■■, wo sich seine Familie seit Ende 1944 befand. Hier übernahm er zusammen mit Familienmitgliedern und anderen Personen die Firma S■■■■■-K■■■■■ und wandelte sie in eine aus 7 Gesellschaftern bestehende GmbH um. Dieses Unternehmen wurde später, frühestens Anfang 1950, entschädigungslos enteignet.

Mehrere Monate nach der Gründung des Betriebes in H■■■■■ ging der Beklagte nach Ha■■■■■ und erwarb dort durch Vertrag vom 1. Mai 1946 sämtliche Geschäftsanteile der Firma H■■■■■ & Co. GmbH, einer alteingesessenen Ha■■■■■ Futtermittelfirma, gegen Zahlung von 19.000 RM und gegen Entrichtung einer Leibrente von monatlich 200 RM (DM) an die frühere Mitgesellschafterin Frau H■■■■■. Dieses Un-



ternehmen betreibt der Beklagte seit 1948 unter der Personenfirma G. H. Z[REDACTED] & Co.

Mit seinem Betrieb beteiligte sich der Beklagte an den Getreide-Importgeschäften der Nachkriegszeit. Diese Geschäfte wurden bis zum Jahre 1947 durch das Deutsche Getreidekontor, einen genossenschaftlichen Zusammenschluß aller deutschen Getreide- und Futtermittelimporteure, selbst abgewickelt, so daß die Handelsspannen aus diesen Geschäften bei dem Getreidekontor anfielen. Dieses zog von den Handelsspannen seine eigenen Unkosten ab und verteilte den Rest nach bestimmten Quoten an die Mitgliedsfirmen. Dabei waren diese Quoten vom Getreidekontor nach freiem Ermessen und unter Berücksichtigung der Bedeutung und des Umsatzes der Mitgliedsfirmen in früheren Vergleichsjahren festgesetzt; solche Quoten erhielten auch Firmen aus den deutschen Ostgebieten. Bei diesem Verfahren wurden auch solche Firmen berücksichtigt, die damals ihren Geschäftsbetrieb verloren hatten. Im Januar 1947 entfiel auf den Beklagten für seine Hamburger Firma H[REDACTED] & Co. eine Ausschüttung von 400 RM und auf die D[REDACTED] Firmen eine solche von 5.200 RM.

Im Jahre 1947 wurde die Abwicklung der Geschäfte den Mitgliedsfirmen übertragen, so daß bei ihnen die Handelsspannen anfielen. Das Getreidekontor bestimmte nur noch nach Maßgabe der Quoten den Umfang der abzuwickelnden Geschäfte. Nunmehr konnte es naturgemäß nur noch Mitgliedsfirmen mit einem für die Abwicklung der zugeteilten Importquoten-Geschäfte geeigneten Geschäftsbetriebe berücksichtigen oder solche Firmen, die sich einer Firma mit funktionsfähigem Geschäftsbetrieb anschlossen. So schlossen sich die ehemaligen D[REDACTED] Kaufleute zu einem sogenannten "D[REDACTED] Konsortium" unter Leitung des Beklagten zusammen und stellten ihre Quoten (größtenteils nur je 2 %) zusammen.

dem Beklagten (mit einer Quote von anfänglich 25 %, später 22 %) zur Verfügung. Der Beklagte wickelte mit seinem Betrieb die Importe ab und verteilte die Erlöse an die Konsorten.

Vom Laufe des Jahres 1949 ab wurden die von den Behörden durchgeführten Global-Importe allmählich durch die von den einzelnen Importfirmen durchgeführten Individual-Importe abgelöst.

Nach seiner Rückkehr aus der polnischen Gefangenschaft suchte der Kläger den Beklagten im Juni 1949 in Hamburg auf. Bei dieser Gelegenheit wurden zwischen den Parteien auch etwaige Beteiligungsansprüche des Klägers gegen den Beklagten besprochen. Über den Inhalt dieser Besprechungen im einzelnen herrscht zwischen den Parteien Streit. Jedenfalls nahm der Beklagte den Kläger als Angestellten in seinen Betriebsauf. Ende März 1954 kündigte der Beklagte dem Kläger zum 30. April 1954 dieses Angestelltenverhältnis.

Der Kläger macht nunmehr Ansprüche gegen den Beklagten wegen der zurückliegenden Vorgänge geltend; und zwar einmal wegen der Überweisungen in Höhe von etwa 400.000 RM und sodann wegen der Ausnutzung von Quoten, die dem Beklagten nach dem Zusammenbruch mit Rücksicht auf die D [REDACTED] Betriebe zugeteilt worden seien.

Bei den Überweisungen von D [REDACTED] nach B [REDACTED] und H [REDACTED] habe es sich um Gesellschaftsmittel gehandelt, die der Beklagte nach den getroffenen Abreden zur Gründung von Ausweihniederlassungen habe verwenden sollen. Das habe der Beklagte nicht getan; er habe die überwiesenen Gelder vielmehr in das in Halle neu gegründete eigene Geschäft gesteckt und vor der Enteignung dieses Betriebes Gelder aus der Firma herausgezogen und für seinen Ha [REDACTED] Betrieb verwendet. In Ha [REDACTED] habe er sodann in seinem Betrieb die

bis dahin noch nicht aufgelösten D[REDACTED] Firmen unmittelbar fortgesetzt und insbesondere deren Importquoten für sich in Anspruch genommen und zugeteilt erhalten.

Nach seinen zuletzt gestellten Anträgen hat er die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung eines Teilbetrages von 12.200 DM verlangt, wobei er in erster Linie seinen Anspruch in Höhe von 6.100 DM auf die Überweisungen aus Danzig und in Höhe der restlichen 6.100 DM auf die aus der Erteilung der Importquoten erzielten Gewinne gründet und hilfsweise den ersten Anspruch auf den zweiten Klagegrund und den zweiten Anspruch auf den ersten Klagegrund stützt.

Der Beklagte ist den Behauptungen des Klägers entgegengetreten. Er hat vorgetragen, daß es sich bei den Überweisungen aus D[REDACTED] um Privatentnahmen gehandelt habe, die nach den getroffenen Vereinbarungen zur persönlichen Sicherung der Parteien hätten dienen sollen. Dabei hätten von den überwiesenen Geldern auf ihn, den Beklagten, 300.000 RM und auf den Kläger 100.000 RM entfallen sollen, und zwar derart, daß die im September 1944 vorgenommenen Überweisungen von gut 200.000 RM Entnahmen der Parteien zu gleichen Teilen und die Überweisung im Januar 1945 über 200.000 RM eine Entnahme für ihn allein dargestellt habe. Von den ersten Überweisungen habe er dann später nur gut 100.000 RM freibekommen können. Den damals auf den Kläger entfallenden Anteil von 50.078,25 RM habe er bei der Firma S[REDACTED]-K[REDACTED] GmbH als Darlehen eingezahlt. Bei seinem Fortgang aus H[REDACTED] habe er das Geld nicht mehr aus der Firma herausziehen können. Seinen eigenen Anteil in gleicher Höhe sowie die Überweisung in Höhe von 200.000 RM habe er ebenfalls für das Unternehmen in H[REDACTED] verwendet. Auch diese Mittel habe er dann später nicht mehr freibekommen. Sie seien infolge der entschädigungslosen Enteignung der Firma als verloren zu betrachten. Auch für die Importquoten

könne der Kläger nichts verlangen. Diese seien ihm - dem Beklagten - für seinen Hamburger Betrieb zugeteilt worden. Dem Kläger habe es nach seiner Rückkehr freigestanden, ebenfalls die Zuteilung einer Quote zu beantragen; davon habe er jedoch abgesehen, weil er das Risiko einer eigenen Unternehmensgründung gescheut und die Tätigkeit als Angestellter vorgezogen habe. Im übrigen müßten die geltend gemachten Ansprüche des Klägers als verwirkt betrachtet werden, da er nach seiner Rückkehr 5 Jahre mit der Geltendmachung dieser Ansprüche zugewartet und sich ihrer niemals mehr berührt habe.

Der Kläger hat die Behauptungen des Beklagten zum Verwirkungseinwand bestritten und seinerseits vorgetragen, daß er immer wieder wegen seiner Auseinandersetzungsansprüche an den Beklagten herangetreten, aber von diesem dann stets getröstet worden sei.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine zuletzt gestellten Anträge weiter, während der Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Überweisungen aus Danzig.

1.) Das Berufungsgericht legt zunächst dar, daß die beiden Danziger Gesellschaften im Jahre 1949 nach der Rückkehr des Klägers durch Gesellschafterbeschuß aufgelöst seien; denn beide Parteien hätten zu erkennen gegeben, daß sie die D[REDACTED] Gesellschaften nicht als werbende Unternehmen fortzusetzen beabsichtigten. Diese bestünden jedoch noch als Liquidationsgesellschaften fort, da die

Auseinandersetzung noch nicht durchgeführt sei. Gegen diese Ausführungen ist aus Rechtsgründen nichts zu erinnern; auch die Revision bringt dagegen nichts vor.

Angesichts dieser Rechtslage meint das Berufungsgericht, daß der Kläger nicht befugt sei, wegen der Überweisungen aus D [REDACTED] Zahlungsansprüche zu seinen Gunsten geltend zu machen. Denn wenn es sich entsprechend dem Vortrag des Klägers bei diesen Geldern um Gesellschaftsmittel zur Errichtung von Ausweihniederlassungen gehandelt habe, so stünden etwaige Ersatzansprüche wegen unbefugter Verwertung dieser Mittel durch den Beklagten den Gesellschaftern, nicht aber dem Kläger selbst zu. Zwar habe der Kläger das Recht, einen solchen Ersatzanspruch im eigenen Namen geltend zu machen (*actio pro socio*), jedoch müßte er dann Zahlung an die Gesellschaften verlangen. Eine Ausnahme von diesem Rechtsgrundsatz könne hier nicht gemacht werden, weil vorliegendenfalls die tatsächlichen Voraussetzungen für die Zulassung einer solchen Ausnahme, wie sie in der Rechtsprechung entwickelt worden sei, hier nicht gegeben seien.

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten.

Wie der erkennende Senat in seinem Urteil vom 27. Juni 1957 (BGHZ 25, 47) ausgeführt hat, kann bei einer Verletzung von Geschäftsführerpflichten grundsätzlich jeder Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages einen eigenen Anspruch gegen den in Betracht kommenden Gesellschafter geltend machen. Dieser Anspruch ist auf Zahlung an die Gesellschaft gerichtet, wenn der Gesellschaft durch das Verhalten des geschäftsführenden Gesellschafters ein Schaden zugefügt worden ist. Denn es soll durch die Leistung des Schadenersatzes der Zustand wieder hergestellt

werden, der ohne das schadenstiftende Ereignis bestanden haben würde. An dieser Rechtslage ändert sich grundsätzlich nichts, wenn die Gesellschaft inzwischen aufgelöst und in den Zustand der Abwicklung getreten ist. In diesem Fall müssen die der Gesellschaft gewidmeten Vermögenswerte dem Abwicklungszweck dienstbar gemacht werden. Eine Ausnahme gilt jedoch nach den vom erkennenden Senat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Grundsätzen (vgl. BGHZ 10, 101/02) dann, wenn - namentlich bei Zweimanngesellschaften - die unmittelbare Leistung an den fordernden Gesellschafter dem Abwicklungszweck selbst dient, indem diese Leistung die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern herbeiführt. Das ist der Fall, wenn dem fordernden Gesellschafter bei der durchzuführenden Auseinandersetzung dieser Vermögenswert allein zusteht. Denn es würde jeden vernünftigen Sinns entbehren, wenn in einem Fall dieser Art der berechtigte Gesellschafter zunächst Leistung an die Gesellschaft verlangen müßte und erst dann im Wege der Auseinandersetzung die Auskehrung dieser erbrachten Leistung an sich verlangen könnte.

Einen Fall dieser Art sieht das Berufungsgericht hier einmal deshalb als nicht gegeben an, weil es nicht feststehe, daß Verbindlichkeiten der Danziger Gesellschaften nicht mehr bestünden. Denn nach der eigenen Darstellung des Klägers könnten Landwirte, die ihre Einlage bei den Gesellschaften vor dem Zusammenbruch nicht mehr abgeholt hätten, die Forderung auf Rückzahlung ihrer Einlagen noch geltend machen. Diese Erwägung ist unrichtig. Denn es entspricht einer gefestigten Rechtsauffassung, daß die Durchführung der Auseinandersetzung und des internen Ausgleichs zwischen den Gesellschaftern nicht daran scheitern kann, daß unter Umständen noch unbefriedigte Gesellschaftsgläubiger vorhanden sind und daß deshalb die Möglichkeit nicht auszuschließen ist, daß diese später noch die persönlich

haftenden Gesellschafter in Anspruch nehmen (BGHZ 26, 126). Das bedeutet für den vorliegenden Fall, daß die theoretisch nicht ausschließbare Möglichkeit einer späteren Inanspruchnahme der Gesellschafter durch noch vorhandene Gesellschaftsgläubiger der Auskehrung des vorhandenen Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Kapitalkonten nicht entgegensteht. Hat also danach der Kläger bei dieser Auskehrung einen Anspruch darauf, daß an ihn der hier streitige Vermögenswert der Gesellschaft ausgeschüttet werde, so muß er nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen diesen Anspruch auch unmittelbar gegen den verpflichteten Gesellschafter geltend machen können. Der Umstand, daß noch Gesellschaftsgläubiger vorhanden sein könnten, vermag daran nichts zu ändern. Denn es würde hier genau wie in den von der Rechtsprechung bereits entschiedenen Fällen jeden vernünftigen Sinns entbehren, wenn er zunächst Leistung an die Gesellschaft und sodann Auskehrung an sich verlangen müßte.

Für die zweite Erwägung des Berufungsgerichts gilt das gleiche. Das Berufungsgericht meint, es stehe nicht fest, ob die hier streitige Forderung den einzigen im Auseinandersetzungsverfahren zu verteilenden Vermögensgegenstand der Gesellschaften bilde. Denn es könnten unter Umständen noch in der Zukunft irgendwelche Werte der Gesellschaften realisiert werden. Diese Erwägung vermag die Entscheidung des Berufungsgerichts deshalb nicht zu tragen, weil auch dieser Gesichtspunkt der durchzuführenden Auseinandersetzung und Ausgleichung unter den Gesellschaftern nicht entgegensteht, weil diese sonst für eine nicht absehbare Zeit aufgeschoben werden würden. Das aber ist allein entscheidend. Denn für diese Auseinandersetzung und Ausgleichung ist dann der vorhandene Vermögensgegenstand der einzige, der jetzt zu verteilen ist.

Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist jedoch nicht zu entnehmen - und das ist nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen für die Annahme eines Ausnahmetatbestandes der hier in Betracht kommenden Art allein entscheidend - , ob dem Kläger der in dem etwaigen Schadenersatzanspruch enthaltene Vermögenswert bei der Durchführung der Auseinandersetzung und Ausgleichung nach Maßgabe der Kapitalkonten allein zusteht und ob dies ohne Aufstellung einer Auseinandersetzungsbilanz gesagt werden kann. Daher ist es dem erkennenden Senat auch nicht möglich, schon jetzt abschließend zu beurteilen, ob der Kläger die Sachlegitimation für die erhobene Klage (Zahlung an sich) hat. Es kann nur so viel gesagt werden, daß nach den bisherigen Feststellungen die Sachlegitimation noch nicht verneint werden kann. Daher trägt dieser Entscheidungsgrund das Urteil des Berufungsgerichts nicht.

2.) Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung nicht allein auf den Mangel der Sachlegitimation gestützt. Es hat für seine Entscheidung noch weitere Hilfsbegründungen gegeben.

Es ist der Meinung, daß ein Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten bejaht werden müßte, wenn es sich bei den von D. nach B. und H. überwiesenen Geldern entsprechend der Darstellung des Klägers um Gesellschaftsmittel gehandelt haben würde. Das habe aber durch die Beweisaufnahme nicht festgestellt werden können. Ebensogut könne es so, wie es der Beklagte behauptet hat, gewesen sein, daß die Parteien im September und November 1944 vereinbart hätten, daß die Überweisungen persönliche Entnahmen für die Gesellschafter sein sollten. Dem Kläger obliege der Beweis für seine Behauptung, da sie für seinen Klaganspruch präjudiziell sei. Daher könne dem Anspruch des Klägers auch aus diesem Grunde nicht entsprochen werden.

Bei diesen Ausführungen verkennt das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht hervorhebt, den entscheidenden Gesichtspunkt für die Beweislast im vorliegenden Fall. Maßgeblich ist insoweit, daß die aus Danzig überwiesenen Gelder aus Gesellschaftsmitteln stammten. Das bedeutet in beweisrechtlicher Hinsicht, daß sie auch so lange als Gesellschaftsmittel angesehen werden müssen, bis der Beweis geführt ist, daß sie aus dem Vermögen der Gesellschaften ausgeschieden und entsprechend einer getroffenen Parteivereinbarung Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter geworden sind. In beweisrechtlicher Hinsicht ist der Vortrag des Klägers nicht als eine selbständige Parteibehauptung, sondern als ein Bestreiten der gegnerischen Behauptung, daß eine Vereinbarung über persönliche Entnahmen in Höhe der Überweisungen getroffen worden sei, zu verstehen. Denn nur wenn diese Behauptung des Beklagten zutrifft, ist sein Abweisungsantrag schlüssig. Ohne diese Behauptung wäre im Sinn der Darlegungen des Berufungsgerichts der Schadenersatzanspruch des Klägers möglicherweise als begründet zu erachten. Daher kann dieser Anspruch auch nicht mit Rücksicht auf die Beweislast als unbegründet abgewiesen werden.

3.) Unabhängig von den vorstehenden Ausführungen zur Beweislast erwägt das Berufungsgericht auch, ob unter Berücksichtigung der Behauptungen des Beklagten der Anspruch des Klägers wegen der Überweisungen aus D[REDACTED] insoweit begründet sein könnte, als es sich um den Betrag handelt, der nach den Behauptungen des Beklagten als persönliche Entnahme für den Kläger bestimmt gewesen sei. In dieser Hinsicht seien Bedenken gegen die Sachlegitimation des Klägers nicht zu erheben, weil es sich insoweit dann nicht um einen Anspruch der Gesellschaften, sondern um einen solchen des Klägers persönlich handeln würde. Dagegen hält das Berufungsgericht einen solchen Anspruch des Klägers bei den

hier gegebenen Verhältnissen für sachlich unbegründet. Denn eine unerlaubte Handlung des Beklagten scheide als Anspruchsgrundlage aus, weil der Beklagte den auf den Kläger entfallenden Teilbetrag von etwa 50.000 RM nicht für sich verwendet, sondern als Darlehen für den Kläger bei der Firma S [REDACTED]-K [REDACTED] GmbH eingezahlt habe, wo er dann stehengeblieben sei. Aber auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag sei ein Anspruch nicht gegeben, da der Beklagte aus einer solchen Geschäftsführung nichts erlangt habe. Dabei sei es ohne Bedeutung, ob der Beklagte dann später eigene Gelder vor denen des Klägers nach Westdeutschland gerettet habe.

Auch diese Ausführungen können aus Rechtsgründen nicht hingenommen werden. Wenn man davon ausgehen muß, daß von der einen Überweisung in Höhe von etwas über 100.000 RM die Hälfte dem Kläger allein gehörte, so hatte der Beklagte mangels Vorliegens besonderer Umstände nicht das Recht, dieses Geld anzulegen, auch wenn er es als Darlehen des Klägers einer Firma gab. Denn grundsätzlich hatte er dieses Geld, wenn es dem Kläger gehörte, nicht anzurühren. Hinzu kommt, daß der Beklagte das Geld einem Unternehmen als Darlehen gab, an dem er und seine Familienmitglieder offenbar ganz maßgeblich - nähere Feststellungen fehlen insoweit - beteiligt waren. Schon das legt den Schluß nahe, daß er bei dieser Darlehenshingabe im eigenen Interesse, nämlich im Interesse "seines" Unternehmens tätig geworden ist. Nach Lage der Dinge konnte der Beklagte, wenn man von der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ausgeht, bei einem Erfolg seines Betriebes in Halle die wirtschaftlichen Ertragnisse, die auch mit Hilfe des dem Kläger gehörigen Geldes erzielt wurden, im wesentlichen für sich behalten, während bei einem Mißerfolg das Risiko insoweit dem Kläger allein aufgebürdet wurde. Ob eine solche Geldeinlage dem

wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Klägers entsprach und ihn daher lediglich auf Ersatzansprüche auf das aus der Geschäftsführung Erlangte beschränkte, hätte das Berufungsgericht begründen müssen. Auch lag eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt des § 826 BGB nahe, wobei auch schon der Eventualvorsatz einer Schädigung für die Anwendung dieser Vorschrift ausreichend ist. Vollends unhaltbar ist es, wenn das Berufungsgericht schließlich meint, daß der Beklagte befugt war, bei seiner Übersiedlung nach Hamburg zunächst sein eigenes Geld zu retten. Einer solchen Annahme steht der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) entgegen. Denn wenn der Beklagte das Geld des Klägers schon in "seinen" Betrieb zur Stärkung der Betriebsmittel einlegte und es damit der Gefahr eines Verlustes aussetzte, dann war er auch gehalten, später, als die Gefahr eines Verlustes deutlich wurde, zumindest in dem gleichen Umfang Rettungsmaßnahmen zu ergreifen, wie er das zur Rettung seines eigenen Geldes getan hat.

Für eine abschließende Beurteilung dieses Fragenkomplexes wird es gegebenenfalls freilich auch notwendig sein, auf die Schutzbehauptung des Beklagten einzugehen. Nach dieser Behauptung hat er die aus der hier in Betracht kommenden Überweisung stammenden Beträge, die nach den in der Sowjetzone bestehenden Bestimmungen auf dem Bankkonto gesperrt waren, nur dadurch "auftauen" können, daß er sie für die Firma S [REDACTED] -K [REDACTED] GmbH verwendete. Trifft das zu, so würde das für die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag schon von tatsächlicher Bedeutung sein können.

4.) Das Berufungsgericht stützt die Abweisung des auf die Überweisungen aus D [REDACTED] gestützten Anspruchs schließlich noch auf den selbständigen rechtlichen Gesichtspunkt der Verwirkung. Dabei geht das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht davon aus, daß der Kläger

zwar bei seiner Ankunft in Hamburg im Juni 1949 mit dem Beklagten über seine Ansprüche aus dem früheren Gesellschaftsverhältnis gesprochen habe, daß sich der Kläger jedoch sodann, nachdem der Beklagte solche Ansprüche abgelehnt habe, damit zufrieden gegeben habe, in das Geschäft des Beklagten eingetreten sei und dann während seiner fast fünfjährigen Angestelltentätigkeit keinerlei Ansprüche mehr geltend gemacht habe. Diese tatsächlichen Umstände hält das Berufungsgericht für eine hinreichende rechtliche Grundlage, um daraus den Einwand der Verwirkung herzuleiten. Bei diesen Darlegungen befaßt sich das Berufungsgericht auch mit der Gegendarstellung des Klägers, wonach er immer wieder von dem Beklagten die Befriedigung seiner Ansprüche aus dem früheren Gesellschaftsverhältnis verlangt habe, von ihm aber immer wieder wegen seines schlechten Geschäftsgangs vertröstet worden sei. Das Berufungsgericht glaubt, dieser Gegendarstellung keine rechtliche Bedeutung beimessen zu können, weil der Kläger die Richtigkeit seiner Darstellung nicht bewiesen habe und ihm insoweit die Beweislast obliege.

Auch das greift die Revision mit Recht an. Der grundsätzliche Standpunkt des Berufungsgerichts zur Beweislastfrage geht dahin, daß zwar bei Einwendungen gegen einen Anspruch grundsätzlich der Schuldner die Beweislast habe, daß aber etwas anderes gelte, wenn es um die Frage gehe, ob innerhalb eines Zeitraumes eine Handlung vorgenommen worden sei; in einem solchen Fall habe derjenige, dem die Vornahme der Handlung günstig sei, diese zu beweisen. Denn anderenfalls würde dem Schuldner etwas Unmögliches zugemutet; so könne der Beklagte im vorliegenden Fall unmöglich beweisen, daß der Kläger ihn in den Jahren seit 1949 niemals an die Erfüllung seiner Ansprüche erinnert habe.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts rühren an die grundsätzliche Frage nach der Beweislast bei den sog. Negativen (vgl. dazu Rosenberg, Die Beweislast 3. Aufl. S. 326 ff). Die Ausführungen des Berufungsgerichts besagen, daß sich in einem solchen Fall die Beweislast umkehre, weil sonst der betreffenden Partei etwas Unmögliches zugemutet werde. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Eine solche Auffassung, wie sie das Berufungsgericht vertritt, bedeutet im Ergebnis eine Abänderung des materiellen Rechts (vgl. dazu Rosenberg aaO S. 328). Das wird bei dem Verwirkungseinwand besonders deutlich. Denn danach müßte ein Kläger nicht nur beweisen, daß sein Anspruch begründet sei, sondern auch, daß er nicht durch Verwirkung erloschen sei. Eine einfache Behauptung des Schuldners, sein Gläubiger habe längere Zeit den ihm zustehenden Anspruch nicht geltend gemacht und er habe sich demgemäß darauf eingerichtet, seine Schuld nicht mehr bezahlen zu müssen, könnte genügen, um den Anspruch bei seiner gerichtlichen Geltendmachung zu Fall zu bringen. Jeder Gläubiger wäre daher genötigt, nicht nur entsprechend den zur Verwirkung entwickelten Rechtsgrundsätzen seinen Anspruch rechtzeitig geltend zu machen, sondern auch dafür Sorge zu tragen, daß er diese Geltendmachung beweisen kann. Das würde über den für die Verwirkung maßgeblichen Rechtsgedanken weit hinausgehen und den Gläubiger mit einer Beweislast beschweren (§ 242 BGB), die nach Treu und Glauben nicht gerechtfertigt ist.

Die vom Berufungsgericht empfundene Schwierigkeit für den Schuldner, etwas Negatives zu beweisen, ist im Rahmen des Tragbaren dadurch zu beheben, daß der Gläubiger sich in einem solchen Fall nicht mit einem einfachen Bestreiten einer entsprechenden Behauptung des Schuldners (Nichtgeltendmachung der Forderung während eines bestimmten Zeitraums) begnügen darf, sondern daß er diese Behauptung substantiiert bestreiten und seinerseits darlegen muß,

wann und unter welchen Umständen er seine Forderung geltend gemacht hat. Bei dieser Rechtspflicht des Gläubigers ist es dann die Aufgabe des Schuldners, zu beweisen, daß diese Gegendarstellung des Gläubigers unrichtig ist. Die Beweislast des Schuldners erstreckt sich also auf einen oder mehrere konkrete Vorgänge und verliert sich nicht in das Uferlose eines kaum oder nicht zu führenden Beweises vom Negativen im allgemeinen. Für die weitaus meisten Fälle bedeutet das praktisch, daß bei einem nicht aufklärbaren Widerstreit der beiderseitigen Parteibehauptungen in erster Linie die Parteivernehmung des Gläubigers und nicht die des Schuldners in Betracht kommt und daß bei widersprechenden Zeugenaussagen das non liquet hinsichtlich eines bestimmten Vorgangs zu Lasten des Schuldners geht. Dieses Ergebnis ist bei der Geltendmachung eines Verwirkungseinwands auch allein gerecht, da es sich bei diesem Einwand um einen außerordentlichen Rechtsbehelf im Sinne des § 242 BGB handelt und ein Gericht nur dann sagen kann, daß die Geltendmachung eines zunächst einmal begründeten Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt, wenn die Umstände feststehen, die den Verstoß gegen Treu und Glauben begründen.

Läßt sich somit schon unter dem Gesichtspunkt der Beweislast die Auffassung des Berufungsgerichts nicht halten, daß hier der Einwand der Verwirkung durchgreift, so ist nicht notwendig, auf die weitere Frage einzugehen, ob auch bei dem vom Berufungsgericht angenommenen Sachverhalt der Einwand der Verwirkung berechtigt wäre. Insbesondere bedarf es hier auch keiner Erörterung, ob auch danach etwaige Ansprüche der Danziger Liquidationsgesellschaften gegen den Beklagten ausgeschlossen sein würden.

II.

Der Zahlungsanspruch, der auf die Gewinne aus den Importquoten gestützt ist.

1.) Bei diesem Anspruch unterscheidet das Berufungsgericht zwischen der Zeit, in der das Deutsche Getreidekontor die Importgeschäfte noch selbst abwickelte und die erzielten Handelsspannen nach Abzug der eigenen Unkosten auf die einzelnen Mitgliedsfirmen verteilte, und der Folgezeit, in der das Getreidekontor die Abwicklung den Mitgliedsfirmen mit eigenem Geschäftsbetrieb durch Zuteilung entsprechender Quoten übertrug und demgemäß die Handelsspannen bei den einzelnen Firmen anfielen. Für die erste Zeit vertritt auch das Berufungsgericht die Ansicht, daß die vom Getreidekontor für die D[REDACTED] Firma vorgenommene Ausschüttung dieser gebühre und der Beklagte den erhaltenen Betrag von 5.200 RM nicht hätte für sich verwenden dürfen. Es meint jedoch, daß der Kläger den Anspruch auf diesen Betrag aus den unter I. 1) dargelegten Gründen nicht für sich geltend machen könne. Daß dieser Entscheidungsgrund die Abweisung der Klage nicht trägt, ist bereits oben dargelegt. Gleichwohl ist es dem erkennenden Senat nicht möglich, zu diesem Punkt schon jetzt eine abschließende Entscheidung zu treffen, weil unter Umständen für die endgültige Durchführung der Ausgleichung erst die Aufstellung einer Auseinandersetzungsbilanz notwendig ist und dann ein Anspruch des Klägers auf Zahlung an sich selbst nicht bejaht werden kann.

2.) Für die Zeit, in der das Getreidekontor die Abwicklung der Importgeschäfte den einzelnen Mitgliedsfirmen durch Zuteilung entsprechender Quoten übertrug, verneint das Berufungsgericht einen entsprechenden Ersatzanspruch der Gesellschaften. Es meint, daß der Beklagte insoweit zur Herausgabe des bei den Importgeschäften erzielten Erlöses nur verpflichtet sein könnte, wenn es sich hierbei um Geschäfte der beiden D[REDACTED] Gesellschaften gehandelt hätte, die der Beklagte wissentlich unbefugt geführt habe. Das sei aber nicht der Fall gewesen, weil die Importquoten

nicht den beiden D [REDACTED] Gesellschaften, sondern der Hamburger Firma des Beklagten zugeteilt worden seien.

Mit dieser Beurteilung wird das Berufungsgericht der hier gegebenen Sachlage nicht gerecht. Entscheidend ist insoweit die aus der Auskunft des Deutschen Getreidekontors und der Aussage seines geschäftsführenden Vorstandsmitglieds ersichtliche Tatsache, daß die Höhe der dem Beklagten zugewiesenen Importquote maßgeblich durch den Umfang und die Bedeutung der früheren D [REDACTED] Firmen bestimmt wurde, und daß der Beklagte eine ungleich geringere Importquote erhalten haben würde, wenn er sich bei der Aufteilung der Importquoten nur auf seine neu erworbene Ha [REDACTED] Firma hätte berufen können. Dabei ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß diese Rechtsposition, die dem Beklagten durch die Berufung auf die früheren Danziger Firmen zufiel, einen besonderen Vermögenswert für ihn darstellte.

Der erkennende Senat hat bereits in seinem Urteil vom 14. November 1953 (JZ 1954, 195) ausgeführt, daß es den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen kann, wenn sich ein Gesellschafter auf Grund tatsächlich gegebener Umstände den entscheidenden Vermögenswert aus dem abgewickelten Geschäftsunternehmen der Gesellschaft ohne Gegenwert nutzbar macht, an dessen Verwertung die anderen Gesellschafter auf Grund der gleichen Tatumstände gehindert sind. Dieser Gesichtspunkt, der sich auf die gesellschaftsvertraglichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander gründet, muß auch im vorliegenden Fall Beachtung finden. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die damals tatsächlich stillgelegten D [REDACTED] Firmen im wesentlichen nur noch den Vermögenswert repräsentierten, der darin bestand, daß man mit Rücksicht auf ihre frühere Bedeutung und ihren früheren Geschäftsumfang eine entsprechend hohe

Importquote erhalten konnte. Es wäre ein durch nichts gerechtfertigtes Ergebnis und würde den auf gegenseitiges Vertrauen und auf einer gegenseitigen Treuepflicht aufgebauten Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander widersprechen, wenn der eine Gesellschafter diesen Vermögenswert ohne eine entsprechende Gegenleistung für sich in Anspruch nehmen könnte. Das gilt jedenfalls dann, wenn der andere Gesellschafter, wie hier, zu der maßgeblichen Zeit aus tatsächlichen Gründen gehindert war, eine gleiche Chance für die Ausnutzung dieses gemeinsamen Vermögenswertes wahrzunehmen. Dabei kann dem Umstand, daß der Kläger nach seiner Rückkehr im Juni 1949 beim Deutschen Getreidekontor nichts Entscheidendes unternommen hat, um einen entsprechenden Anteil an der auf die beiden Danziger Firmen entfallenden Importquote zugeteilt zu erhalten, keine wesentliche Bedeutung beigemessen werden. Denn der wirtschaftlich günstige Zeitpunkt, um durch Errichtung eines eigenen Importgeschäfts in den Importhandel hineinzukommen, war damals schon vorbei, jedenfalls war er ungleich ungünstiger als etwa im Jahre 1946 oder 1947. Von einer gleichen Chance zur Ausnutzung der auf die Danziger Unternehmen entfallenden Importquoten kann daher auch für die Zeit nach Rückkehr des Klägers nicht gesprochen werden.

Aus alledem folgt, daß auch der Anspruch des Klägers auf einen entsprechenden Ausgleich für die dem Beklagten mit Rücksicht auf die gemeinsamen D. [REDACTED] Firmen seit dem Jahre 1947 zugeteilten Importquoten nicht verneint werden kann.

Bei der Berechnung der Höhe dieses Ausgleichsanspruchs ist zunächst von dem wirtschaftlichen Wert dieser Importquoten für das neue Unternehmen des Beklagten auszugehen. Namentlich ist zu berücksichtigen, ob diese Importquoten eine wesentliche Grundlage für den Aufbau des Un-

ternehmens des Beklagten gebildet haben. Andererseits ist zugunsten des Beklagten zu berücksichtigen, daß diese Importquoten niemals die alleinige Grundlage für den Aufbau seines Unternehmens gebildet haben können. Seine Tatkraft, seine Arbeitsleistung, sein unternehmerisches Risiko und gegebenenfalls der Einsatz eigener finanzieller Mittel zum Aufbau dieses Unternehmens sind zugunsten des Beklagten in Rechnung zu stellen. Im übrigen werden sodann bei der Abwägung der hierbei zu berücksichtigenden Gesichtspunkte im wesentlichen tatsächliche Erwägungen in Betracht kommen, die nach Ausnutzung der zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen letzten Endes auf einer Schätzung (§ 287 ZPO) beruhen können.

III.

Abschließend ist somit zu sagen, daß das Berufungsurteil in seinem gesamten Umfang aufgehoben werden muß. Wenn sich in der erneuten Verhandlung herausstellen sollte, daß der vorstehend aufgezeigte Gesichtspunkt (Notwendigkeit einer Auseinandersetzungsbilanz) der Aktivlegitimation des Klägers entgegensteht, so kann eine Änderung der Klage in der Weise in Betracht kommen, daß der Kläger auf Leistung an die Liquidationsgesellschaften klagt. Für diesen Fall wäre dadurch sichergestellt, daß der umfangreiche Prozeßstoff für die Austragung der eigentlichen Streitpunkte unter den Parteien Verwendung finden kann.

Bei seiner erneuten Entscheidung wird sodann das
Berufungsgericht auch über die Kosten der Revision mit-
zuentscheiden haben.

Dr. Nastelski

Dr. Fischer

Dr. Haager

Liesecke

Dr. Reinicke
