

Verkündet

am 10. Juli 1961

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 Otto M [REDACTED], K [REDACTED],
M [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt
Freiherr von [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Karl M [REDACTED], M [REDACTED],
G [REDACTED] weg [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Nastelski und der Bundesrichter
Dr. Fischer, Dr. Nörr, Dr. Haager und Liesecke
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Koblenz vom 8. April 1960 aufgehoben und die
Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder. Sie waren bis zum 31. Dezember 1958 die einzigen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die sich mit der Übernahme und Ausführung von Tiefbauten, Bahnbauten usw. sowie mit der Gewinnung und dem Vertrieb von Sand und Kies befaßte. Das Unternehmen stammt vom Vater der Parteien. Der Gesellschaftsvertrag wurde zwischen den Brüdern und ihrer Mutter im Jahre 1920 nach dem Tod des Vaters geschlossen. Anfang des Jahres 1958 kündigte der Kläger das Gesellschaftsverhältnis zum Jahresende. Das Unternehmen ging daraufhin am 1. Januar 1959 gemäß einer gesellschaftsvertraglichen Bestimmung ohne Liquidation mit allen Aktiven und Passiven unter Beibehaltung der Firma auf den Beklagten über. Das Gesellschaftsvermögen ist auf Grund einer weiteren Bestimmung des Gesellschaftsvertrages unter den Parteien real aufgeteilt worden. Nur ein einziger Gegenstand ist bisher nicht zur Verteilung gelangt, nämlich eine sog. Hochbahn, bei der es sich um eine Verladeanlage mit Kranbahn und Fahrkatze nebst Trafo-Haus und Aufenthaltsraum handelt. Jede der Parteien ist der Ansicht, daß ihr die Hochbahn zuzuteilen sei und daß der anderen Partei nur ein Abfindungsanspruch in Höhe der Hälfte des Wertes der Hochbahn zustehe.

Das Landgericht hat nach einem Hilfsantrag des Klägers erkannt und danach den Beklagten verurteilt, zu dulden und zu bewirken, daß die Hochbahn unter den Parteien versteigert wird. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Hochbahn unter den Parteien verlost wird. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Die für den Rechtsstreit maßgeblichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages haben folgenden Wortlaut:

§ 11

- "(3) Sind nur noch zwei Gesellschafter vorhanden und kündigt von diesen der eine der Gesellschafter, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen unter Beibehaltung der Firma.
- (4) Übernimmt der Letzte der Gesellschafter die Firma mit Aktiven und Passiven, so finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden gesetzlichen Vorschriften auf die Auseinandersetzung entsprechende Anwendung unter Beachtung der nachfolgenden Vereinbarungen.

§ 12

Entscheidung durch das Los:

- b) Insoweit beim Ausscheiden eines Gesellschafters eine Einigung über den bei der Auseinandersetzung auszukehrenden Vermögenswert nicht erzielt wird, ist durch einen Unparteiischen für den Ausscheidenden das Los zu bestimmen, welche der vorhandenen Listen als sein Anteil zu gelten hat. Die Entscheidung durch das Los ist für alle Beteiligten unanfechtbar unter Ausschluß der Rechtswege."

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht gelangt bei der Auslegung des § 11 des Gesellschaftsvertrages zu dem Ergebnis, daß unbeschadet der folgenden Bestimmungen über die Realteilung des Gesellschaftsvermögens das gesamte Gesellschaftsvermögen mit Aktiven und Passiven im Zeitpunkt des Ausscheidens des Klägers auf den Beklagten übergegangen sei und daß der Kläger lediglich auf einen schuldrechtlichen Abfindungsanspruch gegen den Beklagten angewiesen gewesen sei. Dieser schuldrechtliche Abfindungsanspruch sei mit Rück-



sicht auf § 12 des Gesellschaftsvertrages nicht wie im gesetzlichen Regelfall (§ 738 BGB) seinem Inhalt nach auf Geld, sondern auf die Übereignung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens gerichtet gewesen. Der Kläger habe also mit seinem Ausscheiden gegen den Beklagten einen Anspruch auf Übereignung der Gegenstände erhalten, die ihm nach § 12 des Gesellschaftsvertrages zuzuteilen gewesen seien.

Diese rechtliche Beurteilung greift die Revision nicht an; sie läßt auch einen sachlichrechtlichen Fehler nicht erkennen.

2. Sodann wendet sich das Berufungsgericht der Auslegung des § 12 des Gesellschaftsvertrages selbst zu. Dabei gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter in Form einer Realteilung des Gesellschaftsvermögens habe durchgeführt werden sollen und daß dabei eine bessere Ausstattung für den übernehmenden Gesellschafter nicht vorgesehen gewesen sei. Ferner sei in dem Gesellschaftsvertrag der hier gegebene Fall, daß nämlich bei der Realteilung ein unteilbarer Vermögensgegenstand übrigbleibe, der nur dem einen oder dem anderen Gesellschafter zugeteilt werden könne, nicht geregelt worden. Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß dieser nicht geregelte Fall im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung einer Lösung zugeführt werden müsse. Diese ergänzende Vertragsauslegung führe hier zu dem Ergebnis, daß auch dieser Gegenstand von der Realteilung nicht ausgenommen werden könne und daß die Entscheidung über die Zuteilung auf den einen oder den anderen Gesellschafter wie auch in anderen Fällen von Meinungsverschiedenheiten vom Los abhängig zu machen sei.

Diese Auslegung greift die Revision mit einer Reihe von Verfahrensrügen an, von denen zwei begründet sind.

Bei diesen Rügen stützt sich die Revision auf den Vortrag des Beklagten, wonach sich die Gesellschafter vor der Gesellschaftsgründung darüber einig gewesen seien, daß die Realteilung niemals dazu führen dürfe, den Bestand des alten, vom Vater der Parteien gegründeten Unternehmens zu gefährden, und daß gerade auch der Kläger diesen Standpunkt im Jahre 1944 beim Ausscheiden eines anderen Bruders vertreten habe. Für diese Behauptung hatte der Beklagte Beweis angetreten und sich sodann für seine weitere Behauptung, daß die Hochbahn für das von ihm übernommene Unternehmen unentbehrlich sei, auf ein Sachverständigen-gutachten berufen. Es ist der Revision zuzugeben, daß das Berufungsgericht diesem Parteivortrag bei seinen Ausführungen nicht gerecht geworden ist, und daß es des weiteren die Aussage des Zeugen Franz M. zu Unrecht nicht berücksichtigt hat, der diese Behauptung bereits bestätigt hat.

Das Berufungsgericht hat diesen Parteivortrag dahin verstanden, daß damit habe behauptet werden sollen, daß der Gesellschaftsvertrag später durch einstimmigen Gesellschafterbeschuß, etwa im Jahre 1944, beim Ausscheiden des anderen Bruders, abgeändert worden sei. Es hat sodann die Wirksamkeit eines solchen etwa gefaßten Abänderungsbeschlusses mit der Begründung verneint, daß hierfür die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Form für eine Änderung des Vertrages nicht eingehalten worden sei. Das aber ist nicht der Inhalt des von der Revision angezogenen Vortrags des Beklagten, so daß dieser auch nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung abgetan werden konnte. Vielmehr muß dieser Vortrag des Beklagten dahin verstanden werden, daß damit ein Hinweis auf die Auslegung der hier maßgeblichen Bestimmung des Gesellschaftsvertrages gegeben werden sollte, nämlich der Hinweis, wie die Parteien selbst von vornherein diese Be-

stimmung des Gesellschaftsvertrages verstanden haben und welche Erwägungen tatsächlicher Art für sie dabei maßgeblich waren. Daraus wird deutlich, daß das Berufungsgericht auf diesen Vortrag des Beklagten und die Aussage des Zeugen Franz M. bei der Auslegung des § 12 des Gesellschaftsvertrages hätte eingehen müssen. Die Entscheidungserheblichkeit des von dem Beklagten vorgetragenen Auslegungstoffes ergibt sich daraus, daß danach - diese Behauptungen als richtig unterstellt - der entscheidende Ausgangspunkt bei der Auslegung des Berufungsgerichts entfällt, daß nämlich im Gesellschaftsvertrag eine bessere Ausstattung für den übernehmenden Gesellschafter nicht vorgesehen sei. Legt man bei der Auslegung des § 12 des Gesellschaftsvertrages den Vortrag des Beklagten zugrunde, dann ergibt sich für diese Auslegung ein ganz anderes Bild. In diesem Fall ist bei der Verteilung der Vermögenswerte auch auf die Belange des väterlichen Unternehmens Rücksicht zu nehmen und es sind demzufolge dem übernehmenden Gesellschafter die Vermögensgegenstände zu belassen, die für die Fortführung des Betriebes wirtschaftlich unumgänglich sind. Damit gewinnt auch die gesellschaftsvertragliche Bestimmung über das Recht zur Übernahme des bisherigen Unternehmens einen entsprechenden Sinn. Dieses Recht dient dann - wie auch in anderen Fällen - zugleich dem Schutz und der Erhaltung des bisher gemeinsamen Unternehmens. Das Übernahmerecht bleibt damit wirtschaftlich sinnvoll und wird nicht zu einer leeren Form. Dagegen könnte bei der Auslegung des § 12 des Gesellschaftsvertrages durch das Berufungsgericht sich das Übernahmerecht als ein Recht ohne einen entsprechenden wirtschaftlichen Gehalt darstellen, weil nach dieser Auslegung der übernehmende Gesellschafter gegebenenfalls auch solche Vermögensgegenstände weggeben müßte, ohne die eine Fortführung des Betriebes nicht mehr möglich oder wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll wäre.

Den hier maßgeblichen Vortrag des Beklagten hatte dieser noch einmal im letzten Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht zusammengefaßt und als Anlage zu dem Protokoll zu diesem Termin beigelegt. Dieses Vorbringen hat das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 2 ZPO wegen Verspätung nicht zugelassen. Das war jedoch nicht möglich. Denn die entscheidenden Teile dieses Vorbringens befinden sich mit einem entsprechenden Beweisantrag bereits in dem Schriftsatz des Beklagten vom 6. Dezember 1958, den dieser in der ersten Instanz eingereicht hatte. Auf Seite 9 dieses Schriftsatzes heißt es, daß es stets Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrages gewesen sei, beim Ausscheiden eines Gesellschafters die Fortführung des Unternehmens in der bisherigen Form und auf der bisherigen Grundlage zu ermöglichen. Noch deutlicher ist die gleiche Behauptung in der Anlage zu diesem Schriftsatz, die ebenfalls den Gegenstand des Parteivortrages bildete, mit den Worten zum Ausdruck gekommen, daß beim Ausscheiden eines Gesellschafters der Bestand der Firma den absoluten Vorrang haben solle und daß das tatsächlich der Sinn des Gesellschaftsvertrages von 1920 sei.

Somit kann auch unter Berücksichtigung des § 529 Abs. 2 ZPO der angeführte Vortrag des Beklagten nicht außer acht gelassen werden. Das Berufungsgericht mußte mit Rücksicht auf die Bedeutung dieses Vortrages für die Auslegung des § 12 des Gesellschaftsvertrages auf diesen im einzelnen eingehen, die insoweit angebotenen Beweise erheben und die dahingehende Aussage des bereits vernommenen Zeugen Franz M. würdigen. Demzufolge muß das Berufungsurteil nunmehr aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht

zurückverwiesen werden. Das Berufungsgericht hat dann auch über die Kosten der Revision zu befinden.

Dr. Nastelski

Dr. Fischer

Dr. Nörr

Dr. Haager

Liesecke