

10

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 4/69

URTEIL

Verkündet am
26. Oktober 1970
Heil,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinrich B [REDACTED], M [REDACTED],
K [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Angestellten Heinrich (genannt Heiner) B [REDACTED],
K [REDACTED], M [REDACTED] Straße [REDACTED],

2. den Angestellten Friedrich August (genannt Friedel)
B [REDACTED], M [REDACTED], K [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 1970 unter Mitwirkung der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck, Stimpel und Dr. Bauer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. November 1968 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte und sein Bruder Fritz B■■■■, der Vater der Kläger, führten seit 1942 als persönlich haftende Gesellschafter, von 1947 an mit je 50 %iger Beteiligung, das von ihrem Vater gegründete Familienunternehmen fort. Nach dem Tode von Fritz B■■■■ am 26. Februar 1964 traten an seiner Stelle die Kläger als Kommanditisten je zur Hälfte in die Gesellschaft ein, die nunmehr unter der Firma Heinrich B■■■■ KG, Tütenfabrik, betrieben wird.

Auf Grund einer Betriebsprüfung, die in der ersten Hälfte des Jahres 1964 stattfand, verwarf das Finanzamt die Buchführung der Gesellschaft. Es stellte für die Jahre 1956 bis 1961 einen nicht versteuerten Mehrgewinn

- 3 -

von 65.000 DM fest, den es als Entnahme des Beklagten ansah. Dieses Prüfungsergebnis und die folgenden Auseinandersetzungen nahmen die Kläger zum Anlaß für ihre Klage, mit der sie die Ausschließung des Beklagten aus der Gesellschaft, hilfsweise deren Auflösung, beantragt haben. Sie haben behauptet, der Beklagte habe zu Lebzeiten ihres Vaters wie auch noch danach mit Hilfe falscher Rechnungen und Buchungen eigene Entnahmen verschleiert, die sich über den vom Finanzamt festgestellten Betrag von 65.000 DM hinaus seit 1961 auf 120.000 bis 150.000 DM beliefen. Weitere Gesellschaftsmittel in erheblicher Höhe habe er pflichtwidrig als angebliche Darlehensrückzahlungen oder Maschinenmiete seinem Sohn Karl-Heinz zugewandt. Über diese und andere Geschäftsvorgänge habe er keine oder nur unzureichende Auskünfte gegeben und sich damit zumindest dem Verdacht der Untreue ausgesetzt. Durch sein Verhalten habe er die Vertrauensgrundlage der Gesellschaft zerstört.

Der Beklagte hat erwidert, das System, mit Hilfe fingierter Rechnungen Steuern zu hinterziehen, sei vom Vater der Kläger eingeführt und nach seinem Tode fortgesetzt worden. Die Kläger hätten davon gewußt und in Gestalt un versteuerter Vergütungen selbst Nutzen daraus gezogen. Er, der Beklagte, habe sich weder auf diesem Weg noch sonst auf Kosten seiner Mitgesellschafter bereichert.

Das Landgericht hat nach dem Hilfsantrag der Kläger die Auflösung der Gesellschaft ausgesprochen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Kläger deren Ausschließungsantrag stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Kläger bitten, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht erachtet die auf §§ 161 Abs. 2, 140 HGB gestützte Ausschließungsklage für gerechtfertigt, weil der Beklagte Falschbuchungen vorgenommen, Steuern hinterzogen und durch sein Verhalten bei den Klägern den begründeten, von ihm nicht ausgeräumten Verdacht erweckt habe, sie zu übervorteilen. Diese Entscheidung hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Unstreitig hat der Beklagte jahrelang mit fingierten Rechnungen gearbeitet, um Steuern zu hinterziehen. Wie das Berufungsgericht aber feststellt, war der Vater der Kläger an diesen Falschbuchungen maßgeblich beteiligt, so daß die Kläger sie dem Beklagten jedenfalls für die Zeit bis zum Tod ihres Vaters am 26. Februar 1964 nicht zur Last legen können. Dagegen erblickt das Berufungsgericht eine grobe Verletzung der Pflicht zur redlichen und ordnungsmäßigen Geschäftsführung darin, daß der Beklagte auch in der Folgezeit in erheblichem Umfang falsch gebucht habe. So seien nach seinen eigenen Angaben für 1964 Betriebsausgaben in Höhe von 47.465,20 DM vorgetäuscht, in der Zeit von 1962 bis Ende 1965 mindestens 200.689,68 DM unverbucht ausgegeben und auch 1966 noch fingierte Rechnungen verwendet worden. Der Beklagte könne sich nicht darauf berufen, er habe damit einfach das vom Vater der Kläger eingeführte System übernommen und fortgeführt. Denn er habe nicht davon ausgehen können, daß auch die Kläger dieses System billigten, zumal sie als Kommanditisten keinen Einblick in die Geschäftsführung gehabt hätten. Weder die Beweisaufnahme noch das Vorbringen des Beklagten in der Berufungsinstanz habe einen konkreten Anhalt dafür ergeben, daß die Kläger von

den Falschbuchungen nach dem Tod ihres Vaters gewußt hätten, bis diese durch den Prüfungsbericht des Finanzamts vom 13. Juli 1964 bekannt geworden seien. Auf Grund dieses Berichts hätten sie erwarten dürfen, daß der Beklagte die Geschäfte künftig ordnungsmäßig führen oder ihnen zumindest über die tatsächlichen Geschäftsvorgänge Rechnung legen werden. Da er dies nicht getan habe, habe er sich dem begründeten Verdacht unberechtigter Sonderentnahmen ausgesetzt.

Demgegenüber verweist die Revision zutreffend darauf, daß die Kläger nach den Aussagen zweier früherer Angestellter der Heinrich B. KG, Anna Z. und Sybille Bo., "genauso wie jeder andere im Betrieb" gewußt haben sollen, daß mit Falschbuchungen gearbeitet wurde, und daß unstreitig ein Teil der Bezüge, die sie für ihre Tätigkeit in der Gesellschaft erhielten, sowohl vor als auch noch nach dem Tod ihres Vaters nicht durch die Bücher gelaufen ist, wodurch sich geringere Abzüge für Lohnsteuer und Sozialversicherung ergaben. Diese Tatsache könnte in Verbindung mit den genannten Aussagen als ein Anzeichen dafür zu werten sein, daß die Kläger entgegen ihrer Behauptung von den Steuerhinterziehungen, auch soweit sie nach dem Tod ihres Vaters liegen, gewußt oder zumindest mit ihnen gerechnet haben, mögen sie auch über deren Umfang nicht unterrichtet gewesen sein. Wenn das Berufungsgericht gleichwohl in diesem Punkt nicht die Darstellung des Beklagten, sondern die der Kläger für richtig hielt, hätte es das näher begründen müssen.

Gewiß hätte der Beklagte gerade deshalb, weil die Kläger im Gegensatz zu ihrem verstorbenen Vater auf die Rechte aus § 166 HGB beschränkt sind, umso mehr darauf

bedacht sein müssen, ihnen schon von sich aus über seine aus den Büchern nicht ersichtlichen Machenschaften klaren Wein einzuschenken und sich so über ihre Einstellung zu vergewissern. Auch ergibt sich bereits aus dem unstreitigen Sachverhalt, daß der Beklagte noch zu einer Zeit mit falschen Buchungen und Belegen gearbeitet hat, als es schon zu Auseinandersetzungen mit den Klägern gekommen war und er deshalb mit deren Billigung keinesfalls mehr rechnen konnte. Sollten die Kläger aber bis dahin das ungesetzliche Verhalten des Beklagten widerspruchslos hingenommen oder sogar bewußt Nutzen aus ihm gezogen haben, so dürfte dies bei einer Gesamtabwägung, ob der Beklagte die Vertrauensgrundlage der Gesellschaft völlig zerstört hat und dadurch als Gesellschafter untragbar geworden ist, nicht außer Betracht bleiben.

2. Ein Gesellschafter, der mit Hilfe falscher Buchungen Steuern hinterzieht, kann sich auf das Einverständnis seiner Mitgesellschafter freilich dann nicht mehr berufen, wenn er über seine auf diese Weise verschleierten Sonderentnahmen keine befriedigende Aufklärung geben kann und dadurch bei seinen Mitgesellschaftern schuldhaft den begründeten Verdacht hervorruft, er habe diese Entnahmen ihnen gegenüber nicht vollständig offenbaren wollen (BGHZ 31, 295, 302 ff). Auf dem Vorwurf, sich in solcher Weise verdächtig gemacht zu haben, liegt das Schwergewicht der Gründe, die das Berufungsgericht für eine Ausschließung des Beklagten anführt. Unter diesem Gesichtspunkt legt es dem Beklagten weiter zur Last, daß er zwei Tage, nachdem die Kläger gegen ihn eine einstweilige Verfügung auf Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefug-

nis beantragt und die vorliegende Klage eingereicht hatten, seinem Sohn Karl-Heinz durch Urkunde vom 2. November 1966 an einem Gesellschaftsgrundstück eine Hypothek von 88.548,78 DM bestellt hat, und zwar zur Sicherung angeblicher Darlehensforderungen des Sohnes, die erstmals in der Bilanz desselben Jahres auftauchen. Den Verdacht, sich oder seinen Sohn treuwidrig aus Gesellschaftsmitteln bereichert zu haben, habe der Beklagte endlich auch dadurch verstärkt, daß er im Jahre 1965 11.490 DM und 1966 31.873 DM für Maschinenmiete gezahlt und eine schlüssige Erklärung hierfür nicht abgegeben habe; bei den von ihm zu vertretenden unklaren Verhältnissen sei die Behauptung der Kläger nicht von der Hand zu weisen, daß es sich um Maschinen handle, die er an seinen Sohn verkauft und dann von diesem wieder gemietet habe.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob sich durch eine Beweisaufnahme das Ausmaß der Falschbuchungen und der Verbleib der an den Beklagten oder seinen Sohn gezahlten Beträge jetzt noch klären ließen, und sieht als entscheidend an, daß der Beklagte den Klägern bereits die Feststellung von Höhe und Verwendungszweck der unverbuchten Betriebsausgaben für Jahre unmöglich gemacht und für den heutigen Zeitpunkt mindestens erschwert habe. Vor Einleitung des Rechtsstreits habe er den Klägern jede Auskunft verweigert. Auch nach Klageerhebung habe er nichts getan, um etwa durch eine genaue Rechnungslegung den Verdacht der Kläger zu entkräften.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit Recht. Zwar hat der Senat in seinem vom Berufungs-

gericht angezogenen Urteil BGHZ 31, 295 (305) es für die Ausschließung eines Gesellschafters unter Umständen als ausreichend angesehen, wenn dieser Gesellschafter die Feststellung seiner Sonderentnahmen nur erschwert, aber nicht unmöglich gemacht hat. In dem dort entschiedenen Fall stand aber fest, daß der verklagte Gesellschafter tatsächlich erhebliche Beträge "schwarz" entnommen hatte, über die er nicht, wie vorgesehen, im Verhältnis zu seinen Mitgesellschaftern an Hand von Aufzeichnungen abzurechnen vermochte. Bei dieser Sachlage ließ sich der einmal begründete Verdacht unredlichen Verhaltens gegenüber den Mitgesellschaftern durch spätere Feststellungen über die Höhe der Entnahmen nicht mehr beseitigen.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Beklagte dagegen gerade bestritten, die durch Falschbuchungen verschleierte Gesellschaftsmittel nicht im Interesse des Betriebs, sondern für persönliche Zwecke verwendet zu haben, abgesehen von den Beträgen, die er zu Lebzeiten des Vaters der Kläger im Einvernehmen mit diesem zu gleichen Teilen entnommen haben will; die für diese Zeit vorhandenen Belege sollen auf Anweisung des Vaters der Kläger teilweise vernichtet worden sein. Nach diesem Vorbringen, dem das Berufungsgericht mit Rücksicht auf die Aussage der Frau Z. [REDACTED] zum Teil gefolgt und das im übrigen, weil gegenteilige Feststellungen fehlen, für die Revisionsinstanz als richtig zu unterstellen ist, läßt sich der Vorwurf, der Beklagte habe sich heimlicher Sonderentnahmen verdächtig gemacht, jedenfalls für die Zeit bis zum 26. Februar 1964 schwerlich halten, wenn keine weiteren belastenden Tatsachen hinzukommen. Denn aus Geschäftsvorgängen, die der Vater der Kläger gebil-

ligt, gefördert oder deren Aufklärung er sogar selbst erschwert hat, können seine Rechtsnachfolger nichts gegen den Beklagten herleiten.

Es kommt daher nach dem bisherigen Stand der Sache allein darauf an, inwieweit der Beklagte noch nach dem 26. Februar 1964 Geschäftsausgaben oder -verbindlichkeiten vorgetäuscht, und ob er hierdurch den nicht auszuräumenden Verdacht auf sich gezogen hat, Gesellschaftsvermögen heimlich sich oder seinem Sohn zugewandt zu haben. Der Nachweis, daß solche rechtswidrigen Entnahmen nicht erfolgt, sondern die unbestrittenen Falschbuchungen ausschließlich der Gesellschaft zugute gekommen seien, kann dem Beklagten entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht deshalb abgeschnitten werden, weil er sich vor und noch in diesem Rechtsstreit einer Rechnungslegung zunächst entzogen und dadurch genauere Feststellungen über die wirklichen Geschäftsvorgänge für längere Zeit verhindert habe. Denn ein Verdacht, der zwar ursprünglich bestanden hat, der sich aber nach Aufklärung des Sachverhalts schließlich als unbegründet erweist, kann bei vernünftiger Beurteilung ein Ausschließungsverlangen allein nicht mehr rechtfertigen. Es bliebe zwar dann möglicherweise noch der Vorwurf, der Beklagte habe die Pflichten eines Geschäftsführers zu ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung verletzt. Dieser Vorwurf hätte aber nicht das gleiche Gewicht wie ein begründeter Verdacht, Gesellschaftsvermögen veruntreut zu haben.

3. Für das Jahr 1964 hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 14. April 1967 (ergänzt durch Schriftsatz vom 3. Mai 1967) eine Aufstellung über die Verwendung der

falsch belegten und verbuchten, auf insgesamt 47.465,20 DM bezifferten Ausgaben beigebracht und deren Richtigkeit unter Zeugen- und Sachverständigenbeweis gestellt. Ferner hat er erklärt, daß er entsprechende Beweise auch für 1965 und 1966 führen könne. In der Berufungsinanz hat er eine weitere Aufstellung über den Verbleib eines Betrages von insgesamt 200.689,68 DM vorgelegt, für den von 1962 bis 1965 fingierte Rechnungen ausgestellt worden seien, und dazu ebenfalls Beweis angetreten. Schließlich hat der Beklagte über das später durch eine Hypothek gesicherte Darlehen, das sein Sohn der Gesellschaft in der Zeit vom 31. August 1964 bis zum 23. Februar 1966 gegeben haben soll, in den Schriftsätzen vom 12. Oktober 1967 (S. 3), 15. November 1967 (S. 4), 14. Juni 1968 (S. 3, 4), 4. Oktober 1968 (S. 3) und 8. Oktober 1968 eine Reihe von Tatsachen vorgetragen, allerdings ohne die (angeblich aus den Büchern ersichtlichen) einzelnen Darlehenszahlungen genau zu belegen, und sich hierfür namentlich auf Urkunden bezogen.

Dieses Vorbringen mag zum Teil lückenhaft oder nicht genügend substantiiert sein. Aber abgesehen davon, daß der Beklagte aus dem Urteil des Landgerichts, das einen feststellbaren Ausschließungsgrund verneint hatte, die Notwendigkeit weiteren Tatsachenvortrags insoweit nicht entnehmen konnte, erscheint es angesichts der Tragweite eines mit dem Verdacht unredlicher Geschäftsführung begründeten Ausschließungsurteils nicht vertretbar, dem Beklagten den Weg einer Beweisführung auch insoweit zu versperren, als er zu seiner Entlastung konkrete Tatsachen, insbesondere über die Verwendung von "Schwarzgeldern" für Geschäftszwecke, angeführt hat.

Denn es läßt sich nicht im voraus beurteilen, welches Bild sich nach einer Beweisaufnahme ergeben wird. Die Möglichkeit, daß der Beklagte sich von dem Verdacht unrechtmäßiger Sonderentnahmen wenigstens so weit reinigen kann, daß die noch verbleibenden Verdachtsgründe oder Unklarheiten bei der hier gebotenen umfassenden Abwägung eine Ausschließung nicht mehr zu rechtfertigen vermögen, kann nicht vorweg verneint werden.

4. Sollte das Berufungsgericht nach weiterer Prüfung den mit der Klage geltend gemachten Verdacht wiederum als unwiderlegt oder sogar als bestätigt ansehen, und sollte es aus diesem oder sonstigen, bisher nicht erörterten Gründen zu dem Ergebnis kommen, der Beklagte sei - wofür schon nach dem unstreitigen Sachverhalt einiges sprechen mag - zumindest als alleiniger Geschäftsführer für die Kläger nicht mehr tragbar, so wird es entsprechend den vom Senat aufgestellten Grundsätzen (vgl. insbesondere BGHZ 4, 108; 18, 350, 362 mit Anm. Fischer LM HGB § 161 Nr. 6; LM HGB § 133 Nr. 4 zu III) noch folgendes zu erwägen haben:

Die Ausschließung eines Gesellschafters ist das letzte Mittel, das nur dann angewandt werden darf, wenn eine weniger einschneidende und allen Beteiligten zumutbare Lösung nicht in Betracht kommt. In dieser Richtung ist eine besonders sorgfältige Prüfung geboten, wenn, wie hier, der einzige persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ausgeschlossen werden soll und es sich überdies um ein Familienunternehmen handelt (BGHZ 4, 108, 111 mit Anm. Fischer LM HGB § 142 Nr. 2; BGHZ 6, 113, 117).

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, daß der heute 67 Jahre alte Beklagte seit mehr als 25 Jahren als persönlich haftender und geschäftsführender Gesellschafter in dem Unternehmen tätig ist, dem er somit neben seinem Bruder einen wesentlichen Teil seiner Lebensarbeit gewidmet und um dessen Aufbau und Erhaltung er sich unstreitig Verdienste erworben hat. Das Berufsgericht hält es zwar nicht für unbillig, wenn den Klägern als Nachfolgern ihres gleichberechtigt neben dem Beklagten beteiligt gewesenen Vaters das Familienunternehmen allein zugesprochen werde, nachdem sich der Vertreter des anderen Zweiges als für die Gesellschaft nicht mehr tragbar erwiesen habe. Es fragt sich aber, ob es zur Bereinigung der aufgetretenen Mißstände wirklich notwendig ist, den Stamm des Beklagten von einer weiteren Beteiligung an der Familiengesellschaft überhaupt auszuschließen. In wirtschaftlicher Hinsicht ist ferner zu bedenken, daß nach dem Gesellschaftsvertrag (§ 7 Abs. 2) ein ausgeschlossener Gesellschafter lediglich seinen buchmäßigen Kapitalanteil beanspruchen kann. Allerdings haben die Kläger mit Schriftsatz vom 15. Juni 1968 zugesichert, den Beklagten nicht nach dieser Bestimmung, sondern nach § 7 Abs. 1 des Vertrages abzufinden, wonach ein ausscheidender Gesellschafter auch seinen Anteil an den stillen und offenen Rücklagen ausgezahlt erhält. Dabei bliebe dem Beklagten aber noch immer eine anteilige Entschädigung für den Geschäftswert vorenthalten, den er in vielen Jahren miterarbeitet hat. Alle diese Umstände nötigen dazu, bei der Frage, ob eine Ausschließung des Beklagten tatsächlich als der einzig gangbare und gerechte Ausweg erscheint, einen besonders strengen Maßstab anzulegen.

Gerade bei einer Kommanditgesellschaft bieten sich Gestaltungsmöglichkeiten an, die zur Lösung erheblicher, den Fortbestand der Gesellschaft gefährdender Spannungen vielfach geeignet und weniger einschneidend sind als der Ausschluß eines Gesellschafters, und die deshalb vorweg geprüft werden müssen, wie etwa die Entziehung oder Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis oder die Umwandlung der Beteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafters in die eines Kommanditisten (BGH LM HGB § 142 Nr. 13). Das Berufungsgericht begründet die Ablehnung aller solcher Lösungen allein damit, daß den Klägern angesichts der tiefgreifenden, vom Beklagten verschuldeten Zerstörung des gesellschaftlichen Vertrauensverhältnisses eine weitere Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr möglich sei. Diese Ausführungen lassen nicht erkennen, ob das Berufungsgericht alle für eine solche Beurteilung wesentlichen Gesichtspunkte ausreichend gewürdigt und zum Beispiel berücksichtigt hat, daß die Einflußmöglichkeiten eines Kommanditisten auf das Gesellschaftsunternehmen und die Beziehungen der Gesellschafter untereinander im allgemeinen ungleich geringer als die eines persönlich haftenden Gesellschafters sind (BGH LM HGB § 142 Nr. 13). Die Auseinandersetzung der Parteien und der vom Berufungsgericht festgestellte Vertrauensverlust haben ihren Ursprung allein in der Geschäftsführung des Beklagten, die er zuletzt als einziger persönlich haftender Gesellschafter ausgeübt hat. Um diese Quelle des Zerwürfnisses zu beseitigen, bedarf es, soweit sich bei dem gegenwärtigen Stand des Rechtsstreits übersehen läßt, nicht unbedingt eines Ausschlusses des Beklagten.

Der Beklagte hat zum Ausdruck gebracht, daß er zu einer Verständigung mit den Klägern bereit sei (Brief vom 22. Juli 1966, GA 60; Schriftsatz vom 11. Januar 1967 S. 6). Inwieweit eine solche Bereitschaft bei ihm wie auch bei den Klägern tatsächlich vorhanden ist und zu einer angemessenen Lösung führen könnte, wird das Berufungsgericht gegebenenfalls noch zu prüfen haben.

Liesecke Dr.Schulze Fleck Stimpel Dr.Bauer