

Erkündet am 13. Mai 1954
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Frau Anneliese K [REDACTED] geborene K [REDACTED] in
H [REDACTED], K [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat
Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt und Notar Dr. Wilhelm K [REDACTED]
in H [REDACTED], G [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklag-
ten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1954 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Ascher, Raske, Dr. Kregel und Scheffler

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das am 17. Novem-
ber 1953 verkündete Urteil des 8. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Celle wird zurückgewiesen. Die Kosten
der Revision werden der Klägerin auferlegt.

Von Rechts wegen

Assessur

Tatbestand:

Die Parteien sind rechtskräftig geschiedene Eheleute. Im Jahre 1940 schlossen sie einen Unterhaltsvertrag, nach welchem der Beklagte der Klägerin jährlich 3 600 RM zu zahlen hatte, solange er ein höheres Einkommen als 16 200 RM haben würde. Bei einem Jahreseinkommen von 16 200 RM und weniger sollte eine geringere Rente gezahlt werden. Bei einem unter 9 000 RM liegenden Jahreseinkommen sollte die Rente entfallen. Am 6. November 1951 schlossen die Parteien einen neuen Vertrag, nach dessen Ziffer 1 der Beklagte an die Klägerin "zur Abgeltung aller Unterhaltsansprüche, die bis zum 31. Dezember 1951 entstanden sind" 3 600 DM zu zahlen hatte. Diesen Betrag hat der Beklagte beglichen. Die Klägerin hat den Vertrag vom 6. November 1951 mit der Begründung angefochten, sie sei bei seinem Abschluss vom Beklagten arglistig getäuscht worden. Der Beklagte hat das bestritten.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe aus seiner Beteiligung bei der offenen Handelsgesellschaft Gebr. K. in den Jahren 1949 bis 1951 ein Einkommen von je mehr als 16 200 DM gehabt. Sie verlangt mit der Klage die Unterhaltsrenten für die Jahre 1950 und 1951. Auf die Unterhaltsrente für 1949 verrechnet sie den Betrag von 3 600 DM, den der Beklagte ihr auf Grund der erwähnten Vereinbarung vom 6. November 1951 für die Jahre 1949 bis 1951 einschliesslich gezahlt hat. Die Klägerin behauptet weiter, sie sei durch die Nichtzahlung der Unterhaltsbeträge in geschäftliche Schwierigkeiten geraten, die zur Eröffnung eines Vergleichsverfahrens und zur Versteigerung ihres Warenlagers geführt

- 3 -

hätten. Hierdurch sei ihr ein der Höhe nach noch nicht feststellbarer Schaden entstanden.

Sie hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 7 200 DM nebst 9 % Zinsen von 3 600 DM seit dem 1. Januar 1951 und von weiteren 3 600 DM seit dem 1. Januar 1952 zu zahlen,

2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, den gesamten Schaden zu tragen, der im Vergleichsverfahren 33 VN 55/51 des Amtsgerichts Hannover wegen Nichtzahlung der vorstehenden Forderung entstanden ist.

Der Beklagte weist demgegenüber auf die Vereinbarung vom 6. November 1951 hin, nach welcher mit der von ihm unstreitig geleisteten Zahlung von 3 600 DM alle Unterhaltsansprüche bis zum 31. Dezember 1951 abgegolten sein sollten. Die von der Klägerin erklärte Anfechtung hält er für unbegründet. Abgesehen hiervon habe sein Einkommen erst und nur für das Jahr 1951 die unterhaltspflichtige Höhe erreicht. Vorher sei sein Anspruch aus Gewinnbeteiligung bei der oHG noch nicht fällig, der Gewinn sei ihm also noch nicht zugeflossen gewesen.

Das Landgericht in Hannover hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht in Celle hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten gemäss ihrem Klageantrag. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat unentschieden gelassen, ob die von der Klägerin erklärte Anfechtung des Vergleichs vom 6. November 1951 durchgreife oder nicht, da auch bei Nichtigkeit dieses Vergleichs der Klägerin aus dem Unterhaltsvertrag vom Jahre 1940 kein Anspruch zustehen würde. Unstreitig habe nämlich das Einkommen des Beklagten aus seiner Anwaltspraxis in den Jahren 1948 bis 1951 unter 9 000 DM gelegen. Ein zum Unterhalt verpflichtendes Einkommen des Beklagten würde für diese Jahre nur vorliegen, wenn der für die einzelnen Jahre festgestellte Gewinn des Beklagten aus der offenen Handelsgesellschaft ihm in den einzelnen Jahren auch zugeflossen wäre. Das sei jedoch nicht der Fall. Nach § 337 HGB sei der Gewinnanspruch des stillen Gesellschafters einer oHG erst nach Gewinnberechnung, d. h. nach Aufstellung der Bilanz fällig, wogegen der persönlich haftende Gesellschafter den Gewinnanspruch in jedem Jahr habe. Wenn man unterstelle, dass der Beklagte nicht stiller Gesellschafter, sondern Unterbeteiligter eines persönlich haftenden Gesellschafters, nämlich seines Bruders Fritz gewesen sei, so käme es entscheidend darauf an, ob diese Rechtsstellung des Beklagten der des persönlich haftenden Gesellschafters oder der des stillen Gesellschafters gleichzusetzen sei. Im vorliegenden Fall handele es sich um eine Unterbeteiligung gegenüber einem geschäftsführenden Gesellschafter. Solchenfalls könne man eine Bindung der Art, wie sie der Bindung eines Gesellschafters zur Gesellschaft entspreche, nur dann bejahen, wenn der Unterbeteiligte als Mitunternehmer des von der Gesellschaft betriebenen Handelsgewerbes anzusehen sei. Dies könne für den Beklagten

nicht angenommen werden; denn er sei weder am Vermögen oder am Verlust der oHG beteiligt gewesen; seine "Beteiligung" habe sich unstreitig auf den festgestellten Gewinn beschränkt. Mangels dahingehender Vereinbarungen habe er auch kein Recht darauf gehabt, dass sein Bruder Fritz ihn an den Entnahmen, die ihm (dem Bruder) vertraglich zugestanden hätten, jederzeit anteilmäßig in Erwartung eines Gewinns beteilige und ihm dementsprechend Vorschüsse oder Abschlagszahlungen leiste. Die Stellung des Beklagten entspreche unter den gegebenen Verhältnissen so sehr der eines stillen Gesellschafters, dass er einem solchen gleich zu behandeln sei. Deswegen habe er einen Anspruch auf Gewinnausschüttung grundsätzlich erst nach der bilanzmässigen Berechnung des Gewinns. Dem widerspreche es nicht, wenn die oHG bzw. der Bruder Fritz des Beklagten an die Mutter des Beklagten bestimmte Teile von dessen "Gewinn" bereits vor der Bilanzaufstellung gutgebracht oder ausbezahlt hätte. Denn nach dem Testament des Vaters des Beklagten seien monatliche Mindestbeträge von 200 RM durch jedes Kind auch dann, wenn kein Gewinn gemacht worden sein sollte, unter Heranziehung der Kapitalkonten zu zahlen gewesen. Auch der Hinweis der Klägerin, dass die oHG den Gewinnanteil des Beklagten verzinst habe, spreche nicht gegen die Feststellung, dass der Beklagte als stiller Gesellschafter zu behandeln sei und einen Gewinnanspruch erst nach Bilanzaufstellung habe; denn der Zinsanspruch würde dem Bruder Fritz des Beklagten bezüglich des an diesen zu zahlenden Gewinnanteils gegenüber der oHG zustehen. Der Einfachheit halber habe die oHG in den Bilanzen die Zinsen nicht über das Konto des Bruders gebucht, sondern unmittelbar

dem Konto der Unterbeteiligten gutgebracht. Die Zeugen Buchprüfer H. [REDACTED] und Fritz K. [REDACTED] hätten zu der Bilanz-aufstellung und den Gutschriften für den Beklagten folgendes ausgesagt: Die Bilanz der oHG für 1948/49 sei am 13. Februar 1951 und die für 1950 am 19. März 1952 aufgestellt worden. Zu diesen Zeitpunkten seien auch die jeweiligen Gewinn-gutschriften zu Gunsten des Beklagten vorgenommen worden. Vorauszahlungen oder ähnliches auf den Gewinn habe die oHG an den Beklagten in den Jahren 1948/49 und 1950 nicht gemacht. Warenentnahmen des Beklagten hätten monatlich den Wert von 60 DM nicht überschritten. Die Aufstellung der Bilanzen habe sich im wesentlichen aus allgemeinen, insbesondere durch die Währungsreform, die DM-Eröffnungsbilanz, die darauf beruhende Arbeitsüberlastung des Zeugen H. [REDACTED] bedingten Gründen und daneben infolge der zwischen den Gesellschaftern bestehenden Streitigkeiten verzögert.

Der Senat habe keine Veranlassung, diesen glaubwürdigen Bekundungen der beiden Zeugen H. [REDACTED] und K. [REDACTED] zu misstrauen, zumal da die Klägerin keine gewichtigen Gründe für die Unrichtigkeit der Aussagen habe vorbringen können, und es auch gerichtsbekannt sei, dass die Aufstellung der Bilanzen für 1948/49 allgemein eine erhebliche Verzögerung erfahren habe. Danach sei festzustellen: Nach der Währungsreform ist für den Beklagten erstmals im Jahre 1951 eine Gewinn-gutschrift erfolgt. Da die Bilanz für die Jahre 1948 bis 1950 ohne schuldhaftes Verzögerung erst im Jahre 1951 aufgestellt sei, seien die Gewinnansprüche des Beklagten erst frühestens im Jahre 1951 fällig geworden. Erst für dieses Jahr also würde die Klägerin aus dem Vertrag von 1940

einen Unterhaltsanspruch haben, nicht aber für die Jahre 1948 - 1950. Die Rente von 3 600 DM für das Jahr 1951 habe aber der Beklagte an die Klägerin bezahlt.

Die Revision rügt in erster Linie einen Verstoss gegen § 161 ZPO. Sie sieht diesen darin, dass die Aussagen der vier vernommenen Zeugen weder in das Sitzungsprotokoll, noch in den Tatbestand des Berufungsurteils aufgenommen worden seien, sondern dass es im Tatbestand nur heiße:

"Der wesentliche Inhalt ihrer Aussagen ist den nachfolgenden Entscheidungsgründen zu entnehmen", während dann in den Entscheidungsgründen überhaupt nur die Aussagen der Zeugen H. [REDACTED] und K. [REDACTED] und auch diese nur kurz wiedergegeben seien.

Diese Rüge ist einmal insoweit unbegründet, als sie sich auf die Nichtwiedergabe der Aussagen der Zeugen K. [REDACTED] und K. [REDACTED] bezieht. Wie sich aus dem Beweisbeschluss vom 29. Mai 1953 zu II ergibt, sollten diese beiden Zeugen nur zu Behauptungen vernommen werden, die ausschließlich für die Frage von Bedeutung waren, ob die von der Klägerin erklärte Anfechtung begründet war oder nicht. Daß sie über die Beweisfrage hinaus Bekundungen gemacht hätten, die sich auf andere Umstände bezogen, hat die Revision nicht vorgetragen. Es ist daher davon auszugehen, dass sie nur Aussagen gemacht haben, die Anfechtungsgründe betrafen.

Dann aber brauchten die Aussagen nicht wiedergegeben zu werden, wenn das Berufungsgericht die Frage, ob

die Anfechtung begründet war oder nicht, für unerheblich hielt. Denn die Wiedergabe nicht protokollierter Aussagen im Urteil kann unterbleiben, wenn die Beweisfrage für die Entscheidung keine Bedeutung hat (RGZ 150, 330 [336]; OGHZ 2, 232 [233], Stein-Jonas-Schönke § 161 ZPO Anm II). Es möge hierbei allerdings nicht unerwähnt bleiben, dass es, wenn es auch nicht vorgeschrieben, so doch in aller Regel jedenfalls zweckmäßig ist, dass das Berufungsgericht im Tatbestand auch die Aussagen derjenigen vernommenen Zeugen mitaufnimmt, die es schliesslich für unerheblich hält; denn wenn das Revisionsgericht zu dem Ergebnis kommt, dass die in das Wissen jener Zeugen gestellten Behauptungen doch erheblich sein könnten, so würde das Urteil dann möglicherweise auf eine Rüge aus § 286 ZPO aufgehoben werden müssen, falls aus ihm nicht zu erkennen ist, was die Zeugen bekundet haben.

Was die Wiedergabe der Aussagen der beiden Zeugen H. [REDACTED] und Fritz K. [REDACTED] anlangt, so ist es hier besonders bedenklich, dass das Berufungsgericht sich nur darauf beschränkt hat, sie nur insoweit wiederzugeben, als sie ihm wesentlich erschienen. Damit wird dem Revisionsgericht die Möglichkeit einer erschöpfenden Nachprüfung genommen, und dies ist unzulässig. Es ist auf jeden Fall zu empfehlen, Zeugenaussagen, die nicht protokolliert worden sind, vollständig und im Zusammenhang in den Tatbestand aufzunehmen. Das Verfahren des Oberlandesgerichts kann die Gefahr mit sich bringen, dass in den Entscheidungsgründen die Wiedergabe der Aussagen nicht so klar von ihrer Würdigung getrennt wird, dass dem Revisionsgericht deutlich er-

kennbar ist, welchen Inhalt die Bekundungen der Zeugen haben. Das Verfahren des Oberlandesgerichts kann daher grundsätzlich nicht gebilligt werden. Wenn gleichwohl die Verfahrensrüge hier nicht dazu führt, das angefochtene Urteil aufzuheben, so nur deswegen, weil in der Revisionsbegründung nicht behauptet worden und auch sonst nicht ersichtlich ist, dass die nicht wiedergegebenen Teile der Aussagen der beiden Zeugen hier in irgendeiner Richtung für die Entscheidung erheblich sein könnten. Ein Verstoß des Berufungsgerichts gegen § 313 Abs 1 Nr 3 ZPO kann daher nicht festgestellt werden. Damit entfällt die Rüge.

Die Revision macht weiter geltend, das Berufungsgericht sei auf einige Behauptungen der Klägerin, die sie näher bezeichnet hat, nicht eingegangen. Diese Rüge könnte die Revision nur rechtfertigen, wenn anzunehmen wäre, dass das Berufungsgericht diese Behauptungen übersehen habe. Dafür ist jedoch, namentlich nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe, nichts ersichtlich.

Soweit die Revision ferner eine Verletzung des § 123 BGB rügt, kann sie schon aus folgendem Grunde keinen Erfolg haben: Das Berufungsgericht hat nämlich die Frage, ob die Anfechtung der Vereinbarung vom 11. November 1951 berechtigt sei oder nicht, aus der Erwägung heraus für unerheblich gehalten, dass der Klageanspruch selbst dann nicht begründet sei, wenn jene Vereinbarung nichtig sei und der Vertrag vom Jahre 1940 noch weiterbestehe. Es ist im Revisionsrecht zuge somit hier nur zu prüfen, ob diese letztere Rechtsansicht des Berufungsgerichts zutrifft. Diese Prüfung

läuft darauf hinaus, ob das Einkommen des Beklagten in den Jahren 1950 und 1951 so hoch war, dass es gemäss den Bestimmungen des Vertrages vom Jahre 1940 die Unterhaltsansprüche der Klägerin in Höhe von 3 600 DM jährlich rechtfertigte. Unstreitig ist nun, dass das Einkommen des Beklagten aus seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt unter 9 000 DM lag. Unstreitig ist aber andererseits, dass der auf das Jahr 1950 entfallende Gewinnanteil des Beklagten mehr als 16 000 DM und der auf das Jahr 1951 entfallende mehr als 10 000 DM betrug. Würde also der Unterhaltsvertrag von 1940 dahin auszulegen sein, dass die für das Entstehen und den Umfang der Unterhaltsrente massgebenden Einkommensbeträge sich danach bestimmten, auf welche Zeiträume die Gewinne entfielen, so wäre der Zahlungsanspruch der Klägerin für das Jahr 1950 voll und für das Jahr 1951 zum mindesten teilweise gerechtfertigt. Eine solche Auslegung des Unterhaltsvertrages kommt aber nicht in Betracht, weil aus dem eigenen Vortrag der Klägerin hervorgeht, dass nach dem Vertrag vom Jahre 1940 ein Unterhaltsanspruch solange nicht gegeben gewesen sei, als ein Anspruch des Beklagten aus seiner Beteiligung an der oHG noch nicht entstanden sei. Das gesamte Vorbringen der Klägerin zur Frage der von ihr erklärten Anfechtung des Abkommens vom 6. November 1951 beruht gerade darauf, dass nach dem Vertrag vom Jahr 1940 das Entstehen der Unterhaltsrente davon abhängig war, dass dem Beklagten der Gewinnanteil bereits zugeflossen sei. So hat es auch das Berufungsurteil festgestellt. Hieran ist der Senat gebunden. Somit war es zutreffend, dass das Berufungsgericht seine Entscheidung darauf abstellte, ob und in welcher Höhe dem Beklagten in den Jahren 1948 - 1951 fällige Ansprüche gegen seinen Bruder Fritz auf Auszah-

lung von Gewinnanteilen zustanden. Das Berufungsgericht hat auf Grund der Aussagen der Zeugen H. [REDACTED] und Fritz K. [REDACTED] festgestellt, dass die Bilanz der oHG für die Jahre 1948/49 am 13. Februar 1951 und die für das Jahr 1950 erst im März 1952 aufgestellt und dass auch die Gutschriften für den Beklagten erst zu diesen Zeitpunkten vorgenommen worden seien. Es hat weiter festgestellt, dass der Beklagte nur Unterbeteiligter des Gesellschafters Fritz K. [REDACTED] gewesen sei und als solcher einen Anspruch auf Gewinn erst nach der Bilanzaufstellung habe erwerben sollen. Diese Feststellungen tragen die angefochtene Entscheidung. Die Revision könnte also nur Erfolg haben, wenn die Feststellungen unter Verletzung von Verfahrensvorschriften oder Denkgesetzen getroffen worden wären oder wenn wesentliches Vorbringen der Klägerin übersehen worden wäre. Das ist nicht ersichtlich.

Die Revision weist hierzu auf folgendes hin:

Aus den Bilanzen ergäbe sich, dass die Gewinne dem Beklagten per 31.12.1950 und per 31.12.1951 zugeflossen seien. In dieser Ausführung wird nicht auseinandergehalten, wann ein Betrag jemandem zufließt, die Forderung auf diesen Betrag also fällig wird und für welchen Zeitpunkt er gutgeschrieben wird. Dass die Gutschrift "per" 31.12.1950 und "per" 1951 erfolgt ist, steht dem Umstand nicht entgegen, dass die betreffenden Ansprüche auf den Gewinn erst später entstanden sind.

Dass die später gutgeschriebenen Beträge schon für einen früheren Zeitraum verzinst wurden, hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Wenn es hierzu ausführt, dieser Umstand stehe der Annahme nicht entgegen, dass

der Beklagte erst nach der Bilanzaufstellung einen Gewinnanspruch gehabt hätte, so verstösst es damit nicht gegen Denkgesetze. Dasselbe gilt für seine Ausführungen dazu, dass der Mutter des Beklagten schon vor der Bilanzaufstellung bestimmte Teile von seinem Gewinn ausbezahlt worden seien. Dass es hierbei übersehen habe, dass die Mutter nach dem Testament des Vaters nur 200 DM im Monat zu beanspruchen gehabt habe, wenn kein Gewinn erzielt wurde, ist nicht der Fall; das Berufungsgericht erwähnt diesen Umstand ausdrücklich.

Dass das Berufungsgericht der einkommensteuerrechtlichen Behandlung der Gewinne durch das Finanzamt keine Bedeutung beigemessen hat, liegt auf dem Gebiet der tatsächlichen Würdigung.

Nach alledem sind die Rügen der Revision im Ergebnis sämtlich nicht begründet.

Die Revision muss daher zurückgewiesen werden.

- Die Kostenentscheidung beruht auf dem § 97 ZPO.

Schmidt Ascher Raske Kregel Scheffler