

Verkündet am 23. März 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Edith A [REDACTED] geb. G [REDACTED] in
B [REDACTED]/W [REDACTED], M [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED] -

gegen

den Wirtschaftsprüfer Harry E [REDACTED] in M [REDACTED]/W [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]
in [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 1960 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Johannsen, Dr. v. Werner, Wüstenberg und Maaß

für Recht erkannt:

Das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf. vom 27. Januar 1959 wird aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Tochter und Alleinerbin des am 29. September 1957 verstorbenen Kaufmanns Fritz G. Dieser war zusammen mit drei anderen geschäftsführender Gesellschafter der Firma ^{Fritz} Hu. OHG, einer Gießerei und Maschinenfabrik.

Am Karfreitag 1955 erlitt Fritz G. einen Schlaganfall, der ihn unfähig machte, weiter in dem Unternehmen tätig zu sein, und der die Einleitung einer Pflegschaft für ihn nach § 1910 Abs. 2 BGB erforderlich machte. Der Beklagte wurde zu seinem Pfleger bestellt.

Die Klägerin macht als Erbin ihres Vaters Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten geltend, weil dieser, wie sie vorträgt, seine Pflichten als Pfleger dadurch verletzt habe, daß er zum Nachteil seines Pfleglings eine Änderung des Gesellschaftsvertrags angeregt und dieser Änderung zugestimmt habe. Im einzelnen handelt es sich hierbei um folgendes:

Der Gesellschaftsvertrag der Firma Hu., an der G. neben den drei weiteren Gesellschaftern zu 1/4 beteiligt war, war am 20. Dezember 1950 geschlossen worden; der Entwurf stammte vom Beklagten; er bestimmte in § 5, daß die Gesellschafter entsprechend ihren Kapitalanteilen am Gewinn und Verlust teilnahmen. Der Vertrag sah feste Kapitalkonten von je 60.000 DM vor. Alle übrigen Verbuchungen für die Gesellschafter wurden über ein sogenanntes Darlehnskonto vorgenommen. Deswegen bestimmte § 5 Abs. 2:

"Sollte in einem Verlustjahr das vorhandene Darlehns Guthaben eines Gesellschafters zur Deckung des Verlustes nicht ausreichen, so ist der betreffende gehalten, innerhalb einer Frist von zwei Jahren, gerechnet vom Zeitpunkt des Bilanzstichtages, den Minusbetrag auszufüllen."

- 3 -

Die Darlehensguthaben der Gesellschafter wurden mit 5 % verzinst; für Vorschüsse waren 6 % Zinsen zu zahlen.

Gemäß § 8 sollte für die Tätigkeit der einzelnen Gesellschafter an jeden von ihnen eine monatliche Vorwegentschädigung von 400 DM gezahlt werden. Sie entfiel, wenn ein Gesellschafter durch Krankheit oder andere Ursachen länger als 6 Monate untätig war oder starb.

Nach § 9 des Vertrages war jeder Gesellschafter berechtigt, aus der Geschäftskasse zu Lasten seines Darlehensguthabens oder als Vorauszahlung auf den mutmaßlichen Gewinn monatlich bis zu höchstens 1.500 DM zu entnehmen. Außerdem sollten zu Lasten des Darlehenskontos oder des mutmaßlichen Gewinns von der Firma die Steuern vom Einkommen und vom Vermögen sowie der Lastenausgleich bezahlt werden.

Unter dem 19. August 1955 gab der Beklagte dem Vormundschaftsgericht von folgendem vom 22.8.1955 datierten Schreiben der Firma Hu [REDACTED] Kenntnis:

"Herr A [REDACTED] (Ehemann der Klägerin) forderte weitere Beträge auf Konto des Herrn G [REDACTED] an, deren Auszahlung wir ihm aber weigerten.
Nach einem Gesellschafterbeschuß haben wir für die Zeit der Steuernachzahlungen die monatlichen Entnahmen auf je 1.000,- DM festgesetzt. Ab 1. Januar bis heute sind für die einzelnen Gesellschafter, ohne die gezahlten Steuerbeträge, folgende Zahlungen geleistet:

Fritz G [REDACTED]:	14.051,15 DM
Karl Hu [REDACTED]:	8.490,00 DM
Fritz Hu [REDACTED]:	7.576,25 DM
E. Br [REDACTED]:	7.390,00 DM.

Wir haben in den vergangenen Monaten erhebliche Beträge für Herrn G [REDACTED] bezahlt, die nicht seine persönlichen Auslagen betrafen. Darüber hinaus können wir aber keine weiteren Zahlungen leisten, bis die Entnahmen der übrigen gleichgestellten Inhaber angeglichen sind. Um den reibungslosen Geschäftsgang nicht zu gefährden, sind wir auch nicht in der Lage, den übrigen Inhabern die Differenzbeträge gegenüber den Mehrentnahmen des Herrn G [REDACTED] im Moment auszus zahlen. Selbstverständ-



lich werden die Rechnungen für den Aufenthalt des Herrn G [REDACTED] in Haus K [REDACTED] sowie die damit im Zusammenhang stehende Rechnung des behandelnden Arztes von uns beglichen.

Sie wollen den Eheleuten A [REDACTED] (Klägerin und ihrem Ehemann) diesen unseren ablehnenden Bescheid bekanntgeben."

Unter dem 25. August 1955 teilte der Beklagte dem Vormundschaftsgericht mit, die Gesellschafter der Firma Hu [REDACTED] hätten sich s.Zt. auf monatliche Entnahmen von 1.000,- DM geeinigt, so daß bis Ende August 8.000,- DM pro Gesellschafter entnommen werden konnten. Die Entnahmen des Herrn G [REDACTED] in 1955 lägen aber bereits bei 14.000,- DM (Bl. 44 Vormundschaftsakten).

Am 28. November 1955 faßten die Gesellschafter der Firma Hu [REDACTED] folgenden Beschluß:

"Erster Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag der Firma Fritz Hu [REDACTED] OHG. Eisengießerei und Maschinenfabrik B [REDACTED].

Die vier Gesellschafter der vorbezeichneten Firma haben am 20.12.1950 einen Gesellschaftsvertrag vollzogen. Im § 8 dieses Gesellschaftsvertrages heißt es, daß für die Tätigkeit der einzelnen Gesellschafter an jeden Gesellschafter eine monatliche Vorwegentschädigung von DM 400,- gezahlt wird.

Weiter ist im genannten Paragraphen gesagt, daß für einen Gesellschafter, der durch Krankheit oder andere Ursachen länger als 6 Monate eine geschäftsführende Tätigkeit bei der Firma nicht versehen kann, diese Vorwegentschädigung entfällt.

Der Mitgesellschafter Herr Fritz G [REDACTED] ist nunmehr seit dem 12.4.1955 nicht mehr tätig, und es ist auch nicht anzunehmen, daß dieser nach seinem Gesundheitszustand zukünftig in der Lage ist, wieder eine Tätigkeit zu versehen.

Deshalb ist es notwendig, die Vorwegentschädigung für die noch tätigen drei anderen Gesellschafter nunmehr zu regeln bzw. im Hinblick auf die Tatsache, daß der vorhin genannte Betrag von DM 400,- monatlich längst überholt ist, neu festzusetzen. Die Gesellschafter der Firma

Hu [REDACTED] vereinbaren deshalb mit Wirkung vom 1.11.1955 ab als Nachtrag zum eingangs genannten Gesellschaftsvertrag folgendes:

§ 1

Das Vorweggehalt für die tätigen Gesellschafter wird mit Wirkung vom 1.11.1955 ab auf monatlich DM 1.500,- (eintausendfünfhundert) festgesetzt. Der Wegfall tritt unter den gleichen Bedingungen ein, wie im § 8 des Gesellschaftsvertrages vom 20. Dezember 1950 vereinbart.

§ 2

Reicht der Jahresgewinn nicht aus, um das Vorweggehalt in der genannten Höhe an die tätigen Gesellschafter zu zahlen, wird nur der Betrag gezahlt und auf die tätigen Gesellschafter aufgeteilt, der als Gewinn im betreffenden Geschäftsjahr erzielt worden ist.

Gegebenenfalls sind am Jahresschluß entsprechende Rückbuchungen erforderlich.

§ 3

Für den Fall, daß in einem Geschäftsjahr ein Verlust eintritt, entfällt eine Vorwegentschädigung in vollem Umfange und wird auch in den Folgejahren nicht nachgezahlt. Gegebenenfalls ist, wenn Vorauszahlungen erfolgt sind, zum Jahresschluß jeweils eine entsprechende Rückbuchung erforderlich.

§ 4

Im Übrigen gilt der Gesellschaftsvertrag in der Fassung vom 20. Dezember 1950 unverändert.

Herr Wirtschaftsprüfer E [REDACTED], M [REDACTED], wird in seiner Eigenschaft als Pfleger für Herrn Fabrikanten Fritz G [REDACTED] die Genehmigung des zuständigen Vormundschaftsgerichts zur Änderung des genannten Gesellschaftsvertrages beantragen."

Zu diesem Beschluß beantragte der Beklagte mit Schreiben vom 18. Mai 1956 die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung. Das Schreiben hatte folgenden Wortlaut:

"Herr Fritz G. [REDACTED] ist bekanntlich an der vorbezeichneten Gesellschaft zu einem Viertel beteiligt. Im § 8 des Gesellschaftsvertrages vom 20. 5.1950 heißt es wörtlich wie folgt:

"Für die Tätigkeit der einzelnen Gesellschafter wird an jeden Gesellschafter eine monatliche Vorwegentschädigung von DM 400,- (vierhundert) gezahlt. Ist ein Gesellschafter durch Krankheit oder andere Ursachen länger als 6 Monate untätig, entfällt diese Vorwegentschädigung, desgleichen sofort beim Todesfall."

Herr G. [REDACTED] hat letztmalig eine Tätigkeit im April 1955 ausgeübt, und es steht auch weiter nach ärztlichem Befund mit allergrößter Sicherheit fest, daß er niemals wieder in der Firma Hu. [REDACTED] tätig werden wird.

Unter diesen Umständen kommt also der vorgenannte § 8 mit Wirkung vom 1. November 1955 ab bei der Gewinn- und Verlustverteilung zur Auswirkung.

Nun stehen die Mitgesellschafter auf dem Standpunkt, daß die seinerzeit vereinbarte monatliche Vorwegentschädigung von DM 400,- entsprechend der zwischenzeitlichen Entwicklung viel zu niedrig bemessen worden ist. Sachlich dürfte dies durchaus richtig sein. Die Gesellschafter haben deshalb einen ersten Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag verfaßt, den ich Ihnen anliegend in einer Abschrift übersende. Ich selbst habe den Nachtrag noch nicht unterschrieben, da ich hierzu meines Erachtens die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts benötige, die hiermit beantragt wird. Sollten Sie Bedenken bezüglich der vereinbarten Höhe von DM 1.500,- Vorweggehalt pro Monat pro Gesellschafter haben, so empfehle ich, doch der Einfachheit halber eine gutachtliche Stellungnahme bei der Industrie- und Handelskammer, Zweigstelle B. [REDACTED], einzunolen. Dabei müßte beachtet werden, daß die Mitgesellschafter für den Fall, daß die Firma nur Gewinne bis zu DM 54.000,- oder überhaupt keine Gewinne erzielt, die Vorwegentschädigung nur zum Teil, oder aber gar nicht zur Berücksichtigung kommt."

Bevor der Antrag gestellt wurde, hatte Rechtsanwalt He. [REDACTED] als Vertreter der Klägerin dem Beklagten gegenüber Gegenvorstellungen wegen der Vorabvergütung für die Tätigkeit (im folgenden kurz Gehalt genannt) erhoben.

Das Amtsgericht genehmigte den Beschluß und machte in den Vormundschaftsakten dazu eine Notiz des Inhalts, daß die monatlichen Entnahmen der geschäftsführenden Gesellschafter zuletzt auf monatlich 1.000,- DM erhöht worden seien und daß die vereinbarte Erhöhung auf monatlich 1.500,- DM mit Rücksicht auf die Bezüge der geschäftsführenden Gesellschafter in Unternehmen vergleichbaren Umfangs angemessen sei.

Die Klägerin hat behauptet, der nachträglich gefaßte Beschluß, der unstreitig vom Beklagten formuliert worden ist, ginge auf die Initiative des Beklagten zurück. Da durch die erhöhte Vorwegentschädigung der Jahresgewinn in Höhe von 54.000,- DM aufgezehrt würde, sei bei dem in den letzten Jahren erzielten Gewinn der Sinn des Beschlusses gewesen, ihren Vater zu zwingen, sein Kapitalkonto aufzuzehren. In jedem Fall habe der Beklagte dadurch, daß er dem Beschluß zugestimmt habe, seine Pflichten als Pfleger schwer verletzt (§§ 1915, 1833 BGB).

Die Klägerin macht als Erbin ihres Vaters die diesem durch die Erhöhung des Gehalts entgangenen Gewinnanteile für die Jahre 1955 und 1956 als Schadensersatz geltend.

Sie hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen,

1. an die Firma Fritz Hu [REDACTED] OHG, Eisengießerei und Maschinenfabrik in B [REDACTED] 2.380,27 DM,
2. an die Klägerin 7.485,65 DM nebst 8,5 % Zinsen von 1.650,- DM ab 1. Januar 1956 und von 8.215,92 DM ab 1. Januar 1957 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Der Beklagte hat Berufung eingelegt mit dem Antrag, die Klage abzuweisen. Er hat im zweiten Rechtszug neu vorgetragen, § 8 des Gesell-

schaftsvertrages sei schon bald nach seinem Abschluß geändert worden. Das Gehalt habe ab August 1953 monatlich 1.500,- DM betragen, es sei nur wegen hoher Steuernachzahlungen vorübergehend auf 1.000,- DM festgesetzt worden. Nach Besserung der Finanzlage sei es durch den hier in Rede stehenden Beschluß wieder auf 1.500,- DM gesetzt worden. Der Beklagte folgert daraus, daß der Klägerin kein Schaden entstanden sei.

Die Klägerin bestreitet das Vorbringen des Beklagten und hat gebeten, die Berufung zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat Revision eingelegt. Sie verfolgt damit ihren im Berufungsrechtszug gestellten Antrag weiter. Der Beklagte hat gebeten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat auf Grund der Aussagen der Zeugen Br [REDACTED] und Hu [REDACTED], Mitgesellschafter der Firma Fritz Hu [REDACTED] OHG, festgestellt, daß die von diesen mitunterzeichnete Fassung des Nachtrags des Gesellschaftsvertrags vom 28. November 1955 in einigen Punkten unrichtig sei. Der Gesellschaftsvertrag sei bereits vorher durch einen mündlich gefaßten Beschluß, an dem auch der Vater der Klägerin mitgewirkt habe, geändert worden. Das Gehalt der Gesellschafter, das in § 8 des Gesellschaftsvertrages geregelt sei, sei seit 1953 auf 1.500,- DM heraufgesetzt und im August 1954 vorübergehend mit Rücksicht auf die von der Gesellschaft zu zahlenden hohen Steuernachzahlungen auf monatlich 1.000,- DM herabgesetzt worden. Diese finanzielle Anspannung sei 1955 weggefallen, und der Beklagte sei auf Grund der früher getroffenen Abreden der Gesellschafter verpflichtet gewesen, der Heraufsetzung des Gehalts der geschäftsführenden Gesellschafter

zuzustimmen. Durch seine Handlung sei daher kein Schaden für den Vater der Klägerin entstanden.

Die von der Revision gegen diese Feststellung erhobenen Rügen sind begründet.

1) Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Wortlaut des Nachtrags zum Gesellschaftsvertrag vom 28. November 1955 der Bekundung der Zeugen nicht entgegenstehe, können zwar keine durchgreifenden Rügen erhoben werden. Diese Feststellung hat das Berufungsgericht im Rahmen des ihm für die Würdigung einer Zeugenaussage in § 286 ZPO eingeräumten Ermessens getroffen. Die Revision rügt auch nur, daß das Berufungsgericht dabei Erfahrungssätze verletzt habe. Gerügt werden kann insoweit nur die Verletzung von Sätzen der allgemeinen Lebenserfahrung. Allgemeine Erfahrungssätze des Inhalts, wie sie die Revision behauptet, gibt es nicht. Falls die Bekundung der Zeugen über die Änderung des Gesellschaftsvertrages durch einen im Jahre 1951 gefaßten mündlichen ^{richtig} Beschluß der Gesellschafter/ist, ist es nicht unmöglich, daß sie an der von dem Beklagten vorgeschlagenen Fassung des Nachtrags vom 28. November 1955 keinen Anstoß genommen haben. Es war dies der erste schriftliche Nachtrag zu dem Gesellschaftsvertrag, in dem das Gehalt der Gesellschafter in § 8 auf 400,- DM festgesetzt war. Ein schriftlicher Beschluß über eine Heraufsetzung des Gehalts war bisher nicht gefaßt. Unter diesen Umständen kann es möglich sein, daß die Zeugen es für richtig gehalten haben, den Nachtrag als "1. Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag" zu bezeichnen und in seiner Einleitung zu erwähnen, daß in § 8 des Gesellschaftsvertrages bestimmt sei, daß für die Tätigkeit der einzelnen Gesellschafter an jeden Gesellschafter eine monatliche Vorwegentschädigung von 400,- DM gezahlt werde.

2) Dagegen ist die Feststellung des Berufungsgerichts, daß das Gehalt der Gesellschafter, das in § 8 des Gesellschaftsvertrages geregelt worden ist, im Jahre 1953 durch einen mündlichen Beschluß der Gesellschafter heraufgesetzt worden sei, verfahrensrechtlich nicht einwandfrei getroffen. Das Berufungsgericht hat bei der Würdigung dieses Teils der Zeugenaussage nicht alle erheblichen Umstände berücksichtigt und gegeneinander abgewogen.

Das Berufungsgericht hat seine Feststellung im wesentlichen darauf gegründet, daß den Zeugen der Unterschied zwischen dem in § 8 geregelten Gehalt und den Entnahmen nach § 9 des Gesellschaftsvertrages bekannt gewesen sei.

a) Das Berufungsgericht geht dabei, wie die Ausführungen auf Seite 11 bis 13 des angefochtenen Urteils ergeben, davon aus, daß der Sinngehalt des § 8 des Gesellschaftsvertrages sich im Laufe der Zeit geändert habe, daß die Vorwegentschädigung im Sinne des § 8 sich im Laufe der Zeit zu einer vollen Tätigkeitsentschädigung entwickelt habe (S. 13 der Urteilsausfertigung). Schon diese Erwägung ist rechtlich bedenklich. Das Berufungsgericht hätte zunächst prüfen müssen, welchen Sinn dann § 8 ursprünglich gehabt habe. Es spricht viel dafür, daß er von Anfang an das Entgelt der Gesellschafter für ihre Geschäftsführertätigkeit regeln sollte, so daß eine Wandlung seines "Sinngehalts" überhaupt nicht vorliegt. Das Berufungsgericht läßt aber die Möglichkeit bestehen, daß § 8 ursprünglich einen anderen Sinn gehabt habe. Dann mußte es aber auch feststellen, welcher Sinn dies war und ob er durch einen mindestens stillschweigenden Beschluß aller Gesellschafter den von dem Berufungsgericht angenommenen Sinn bekommen hat. Hätte der Vater der Klägerin einer solchen Änderung des § 8 des Gesellschaftsvertrages nicht mindestens stillschweigend zugestimmt, dann könnte die Rechtslage eine wesentlich andere sein.

Im Hinblick auf die Bedeutung der Bekundung der Zeugen und ihr Interesse am Ausgang des Rechtsstreits mußte das Berufungsgericht auch nach den Beweggründen forschen, die Anlaß waren, im Jahre 1951 das Gehalt der geschäftsführenden Gesellschafter heraufzusetzen. § 9 gab jedem Gesellschafter das Recht, monatlich 1.500,- DM als Vorauszahlung auf seinen Gewinn zu entnehmen. Es könnte erheblich sein, festzustellen, ob darin die in § 8 geregelte Vorwegentschädigung enthalten war. Wenn das zutrifft, dann bestand, solange alle Gesellschafter in gleicher Weise tätig waren und auch nicht damit zu rechnen war, daß ein Gesellschafter in absehbarer Zeit seine Tätigkeit einstellen würde, kein Grund, die Vorwegentschädigung in § 8 heraufzusetzen. Die Erwägung auf S. 11 der Urteilsausfertigung, daß die Gesellschafter zunächst an sich und ihr gegenwärtiges Einkommen gedacht hätten und nicht daran, daß sie vielleicht einmal ein ähnliches Schicksal wie der Vater der Klägerin haben könnten, kann nur für ihre Überlegung in der Zeit nach der Erkrankung des Vaters der Klägerin zutreffen. Daß ein Gesellschafter vorher ein Interesse daran gehabt haben könnte, § 8 des Gesellschaftsvertrags zu ändern, ergeben die bisher getroffenen Feststellungen nicht. Es wäre zu bedenken, ob es nicht, wenn von irgendeiner Seite angeregt worden wäre, § 8 zu ändern, für die anderen Gesellschafter nahe gelegen hätte, zu prüfen, welche Auswirkungen eine solche Änderung für sie haben könnte, wenn sie einmal infolge Krankheit oder Alter außerstande sein sollten, in der Gesellschaft weiter tätig zu sein. Es fragt sich, ob sie dann nicht zu der Überzeugung gekommen wären, daß dann möglicherweise für sie kein nennenswerter Gewinn mehr verbleiben würde, so daß sie vielleicht aus diesem Grunde ihre Zustimmung zu einer solchen Änderung nicht gegeben hätten.

b) Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, daß später mit Rücksicht auf Steuernachzahlungen das Gehalt der

tätigen Gesellschafter auf monatlich 1.000,- DM herabgesetzt worden sei. Als eine wesentliche Stütze für die Richtigkeit der Bekundung der Zeugen hat es auf S. 12 der Urteilsausfertigung das Schreiben der Firma vom 22. August 1955 erwähnt, indem hierauf verwiesen ist. Dieses Schreiben kann dennotwendig nach den bisher getroffenen Feststellungen keine wesentliche Stütze für die Feststellung des Berufungsgerichts sein, daß die Gehaltsbezüge zuvor auf 1.500,- DM heraufgesetzt waren und daß die Gesellschaft sich verpflichtet hatte, diese Bezüge nach Fortfall der Steuerlast wieder auf diese Höhe heraufzusetzen. In dem Schreiben wird nur von den Entnahmen gesprochen. Zu beweisen wäre, daß die Gehaltsbezüge der tätigen Gesellschafter zuvor auf 1.500,- DM heraufgesetzt waren. Für die Frage, ob das Schreiben vom 22. August 1955 hierfür eine wesentliche Stütze sein kann, mußte das Berufungsgericht prüfen, welche Bedeutung das Schreiben gehabt hätte, wenn die Bezüge nicht zuvor in der genannten Weise heraufgesetzt worden wären. Es ist möglich, daß das Berufungsgericht dann festgestellt hätte, daß das Schreiben auch dann dieselbe Bedeutung gehabt hätte. Durch die Steuernachzahlungen befand sich die Gesellschaft in einer angespannten Finanzlage. Es kam darauf an, zu verhindern, daß zuviel bare Mittel abgezogen wurden. Ohne Rücksicht auf den Inhalt des § 8 gab § 9 jedem Gesellschafter das Recht, monatlich 1.500,- DM zu entnehmen. Falls, was bisher nicht festgestellt ist, die Gesellschafter nicht berechtigt waren, zusätzlich zu dem festgesetzten Gehalt monatlich 1.500,- DM zu entnehmen, hätte dieses Recht im Interesse der Gesellschafter auch dann auf einen Betrag von 1.000,- DM monatlich herabgesetzt werden müssen, wenn die eigenen Gehaltsbezüge nur 400,- DM monatlich betragen hätten. Zum mindesten war den Interessen der Gesellschafter möglicherweise nicht gedient, wenn nicht außer den Bezügen nach § 8 auch die Rechte aus § 9 des Gesellschaftsvertrages beschnitten wurden.

c) Das Berufungsgericht hat darauf abgestellt, daß in dem Schreiben von den "gleichgestellten" Gesellschaftern gesprochen wird, und meint, daraus ergebe sich, daß in dem Schreiben nicht die Entnahmen nach § 9, sondern das Gehalt nach § 8 des Gesellschaftsvertrages gemeint sei. Hierbei hat das Berufungsgericht außer acht gelassen, daß das Schreiben zu einer Zeit verfaßt wurde, als noch alle Gesellschafter gleichgestellt waren und daß die darin enthaltenen Angaben über die Entnahmen auch diese Zeit betrafen. Auch das Recht auf Vorauszahlungen war in § 9 des Gesellschaftsvertrages für alle Gesellschafter gleich geregelt. Daraus, daß die Gesellschafter von diesem Recht in unterschiedlicher Weise Gebrauch gemacht haben, kann kaum geschlossen werden, daß die anderen Gesellschafter sich nicht dagegen gewandt haben würden, wenn ein ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag gleichgestellter Gesellschafter auch in Zukunft größere Vorauszahlungen in Anspruch nehmen will, als sie ihm nach dem Vertrag zustehen und als sie von den anderen gleichgestellten in Anspruch genommen werden.

Wegen dieser Verstöße gegen § 286 ZPO muß das angefochtene Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

3) Das angefochtene Urteil kann aber auch aus einem anderen Grund nicht bestehen bleiben. Das Berufungsgericht hat nämlich zu geringe Anforderungen an die Pflichten des Beklagten gestellt. Selbst wenn es zutreffen sollte, daß das Gehalt der geschäftsführenden Gesellschafter in der von dem Berufungsgericht angenommenen Weise zunächst auf 1.500,- DM herauf- und dann wieder auf 1.000,- DM herabgesetzt wurde, läßt sich nach den bisher getroffenen Feststellungen doch nicht sagen, daß der Vater der Klägerin durch das Verhalten des Beklagten keinen Schaden erlitten hat.

Das Berufungsgericht geht zunächst davon aus, daß die Steuerschuld, die zur Herabsetzung des Gehalts auf 1.000,- DM geführt hätte, abgetragen sei. "Nach Abtragung der Steuernachzahlungen" habe sich die Lage des Unternehmens gebessert, heißt es auf S. 10 des angefochtenen Urteils. Auf S. 13 führt das Berufungsgericht aus, das Gehalt habe auf die alte Höhe von 1.500,- DM wieder heraufgesetzt werden sollen, wenn die Steuernachzahlungen zu Ende gewesen seien. Die Annahme, daß die Steuernachzahlungen 1955 abgetragen gewesen seien, findet im Tatbestand keine Stütze. Der Beklagte hat das nicht behauptet. Die Zeugin Br. [REDACTED] hat bei ihrer Vernehmung am 12. Januar 1959 bekundet, die Steuernachzahlungen seien noch nicht erledigt. Die Steuern seien jedoch gestundet und die Zahlungen seien Ende 1955 nicht mehr so drückend gewesen. Deshalb hätten die tätigen Gesellschafter wieder ein Gehalt von 1.500,- DM gefordert. Es kann dahingestellt bleiben, ob die rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts insoweit auf einem unrichtigen Sachverhalt beruhen oder ob das Berufungsgericht sich in den Urteilsgründen nur ungenau ausgedrückt und es allein auf die angespannte Lage durch fällige Steuerschulden abstellen wollte.

Das Berufungsgericht hätte aber, wenn es von dem rechten Inhalt der Pflichten des Beklagten ausgegangen wäre, den Sachverhalt noch in anderer Richtung prüfen müssen. Selbst wenn die anderen Gesellschafter nach den früher getroffenen Vereinbarungen berechtigt gewesen wären, eine Änderung des Gesellschaftsvertrags hinsichtlich ihrer Bezüge zu verlangen, wäre doch zu prüfen, ob der Beklagte nicht eine günstigere Regelung für seinen Pflegling hätte erreichen können. Als Pfleger war er verpflichtet, jede hierfür gegebene Möglichkeit auszunutzen. Gegenüber den früher getroffenen Abreden

hatten sich die Verhältnisse durch die schwere Erkrankung des Vaters der Klägerin wesentlich geändert. Es ist sehr zweifelhaft, ob der Vater der Klägerin unter diesen veränderten Umständen auf Grund der früheren Vereinbarung noch verpflichtet war, einer Heraufsetzung des Gehalts zuzustimmen, besonders dann, wenn sich nach der Geschäftslage des Unternehmens ergeben hätte, daß er dann für seine Beteiligung keine nennenswerte Vergütung mehr erhalten würde. Es muß geprüft werden, ob der Beklagte wirklich annehmen konnte, die anderen Gesellschafter würden kündigen, wenn ihrem Verlangen nicht entsprochen würde, oder ob es ihm nicht gelungen wäre, ihre Zustimmung zu einer für den Vater der Klägerin günstigeren Regelung zu gewinnen, wenn er ihnen die Verdienste, die dieser Gesellschafter sich möglicherweise für die Gesellschaft erworben hatte, und die Tatsache vor Augen geführt hätte, daß er bei der geforderten Regelung für seine Beteiligung so gut wie gar nicht entschädigt würde. Es muß auch geprüft werden, ob der Vater der Klägerin sich wirtschaftlich schlechter gestanden hätte, wenn die Gesellschaft durch Kündigung aufgelöst worden wäre, als wie er sich stand, wenn das Gehalt der Geschäftsführer auf 1.500,- DM heraufgesetzt wurde, und welche Vorstellungen der Beklagte sich von der wirtschaftlichen Auswirkung einer Auflösung der Gesellschaft für seinen Pflegling machen konnte, wenn er die Verhältnisse so gründlich und sorgfältig geprüft hätte, wie es seine Pflicht war. Selbst nach den bisher getroffenen Feststellungen kann die Klage nur dann abgewiesen werden, wenn sich feststellen ließe, daß trotz aller Bemühung des Beklagten die übrigen Gesellschafter auf ihrer Forderung bestanden hätten, daß sie das Gesellschaftsverhältnis gekündigt hätten, wenn ihr nicht entsprochen wurde, und daß der Vater der Klägerin sich

dann wirtschaftlich schlechter gestanden hätte oder daß der
Beklagte dieses doch mindestens auf Grund einer sorgfältigen
und gewissenhaften Prüfung hätte annehmen können.

Ascher

Johannsen

Bundesrichter Dr. v. Werner
ist beurlaubt und daher
verhindert zu unter-
zeichnen.

Ascher

Wüstenberg

Maaß