

5

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 246/81

URTEIL

Verkündet am

25. Oktober 1982
Kaufmann
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Fuhrunternehmers Egon P [REDACTED], W[REDACTED]-
straße [REDACTED], Ge[REDACTED]-B[REDACTED]-E[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Kauffrau Anni S c h [REDACTED], H[REDACTED] Straße [REDACTED],
Bo[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 1982 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. September 1981 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Inhaber einer Transportagentur für die Vermittlung von Ladegut im Güternahverkehr. Die Klägerin war an diesem Unternehmen auf Grund eines Gesellschaftsvertrages vom 30. Juli 1975 "durch tätige Mitarbeit" beteiligt (§ 1 Abs. 2). Die Geschäftsführung stand "dem Geschäftsinhaber und dem stillen Gesellschafter gemeinsam zu" (§ 2). "Am Gewinn und Verlust des Unternehmens sowie im Innenverhältnis am Geschäftsvermögen" waren die Parteien je zur Hälfte beteiligt (§ 3 Abs. 1). Zu Gunsten

- 3 -

des Beklagten hatte sich die Klägerin gegenüber der Stadtparkasse Ge[REDACTED]-B[REDACTED] in Höhe von 150.000 DM verbürgt und ihr in Höhe von 50.000 DM durch Hinterlegung Sicherheit geleistet. Die Gesellschaft ist zum 30. Juni 1979 aufgelöst worden. Die Klägerin fordert mit der Klage unter anderem ihre Befreiung von der Bürgschaft und der Sicherheitsleistung sowie die Zahlung ihres Guthabens aus nicht entnommenen Gewinnen zum 31. Dezember 1978, deren Höhe sie mit 89.074,03 DM angibt. Sie meint, den Zahlungsanspruch trotz Auflösung der Gesellschaft noch selbständig geltend machen zu können, weil der Beklagte die Durchführung der Liquidation verzögere.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt - nur insoweit ist der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz gelangt -, an die Klägerin 89.069,03 DM nebst Zinsen und Mehrwertsteuer abzüglich am 22. Juli 1980 geleisteter 20.000 DM zu zahlen und sie von der Bürgschaft sowie der Sicherheitsleistung zu befreien.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte behauptet, das zum 31. Dezember 1978 ausgewiesene Guthaben der Klägerin sei durch ihre Entnahmen und den in der Zwischenbilanz zum 30. Juni 1979 ausgewiesenen Verlust aufgezehrt worden. Die inzwischen ebenfalls aufgestellte Auseinandersetzungsbilanz weise zu seinen Gunsten sogar eine Ausgleichsverpflichtung der Klägerin in Höhe von 39.076,27 DM aus;

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



ferner stehe nunmehr fest, daß er die am 22. Juli 1980 gezahlten 20.000 DM ohne Rechtsgrund geleistet habe. Im übrigen macht er wegen seines Ausgleichsanspruchs gegenüber den Freistellungsansprüchen der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Er hat beantragt,

die Klage hinsichtlich des Zahlungs- und des Befreiungsanspruchs abzuweisen, gegenüber dem Befreiungsanspruch hilfsweise, ihn nur Zug um Zug gegen Zahlung von 59.076,27 DM zu verurteilen.

Die Klägerin hat erwidert, der Rechtsstreit sei auszusetzen, weil sich die Parteien über die Bilanzen zum 31. Dezember 1978 und 30. Juni 1979 nicht einig seien, in einem solchen Falle nach dem Gesellschaftsvertrag ein Schiedsgutachter zu entscheiden und sie das Verfahren bereits eingeleitet habe. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat sie erklärt, sie stelle keinen Antrag, ist jedoch - heißt es im Tatbestand des Berufungsurteils - den Ausführungen des Beklagten entgegengetreten. Der Beklagte hat den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

Das Oberlandesgericht hat seine Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seine in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Klägerin im Verhandlungstermin im Rechtssinne "verhandelt" habe oder gegen sie ein Versäumnisurteil hätte ergehen können. In beiden Fällen habe die Berufung des Beklagten - im Falle der Säumnis der Klägerin durch unechtes Versäumnisurteil - zurückgewiesen werden müssen. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden.

1. Die Klägerin hatte ihren Zahlungsanspruch in der Klageschrift darauf gestützt, daß sich aus der vom Beklagten vorgelegten Jahresbilanz für 1978 ein Guthaben aus nicht abgehobenen Gewinnanteilen in Höhe von 89.074,03 DM ergebe, und später hinzugefügt, darauf habe der Beklagte am 22. Juli 1980 20.000 DM gezahlt. Den verbleibenden Teilbetrag, der bei sinngemäßer Auslegung des Klagevortrags bis zur Auflösung der Gesellschaft zum 30. Juni 1978 als Guthaben fortbestanden haben soll, hat das Landgericht der Klägerin zugebilligt. Das Bedenken, daß nach ständiger Rechtsprechung ein solcher Anspruch nach der Auflösung der Gesellschaft in aller Regel nicht mehr isoliert geltend gemacht werden kann, sondern nur noch einen unselbständigen Teilposten der Auseinandersetzungsrechnung bildet, hat es dabei nicht übersehen. Es hat jedoch weiter festgestellt, daß der Beklagte die Aufstellung der Auseinandersetzungsbilanz schuldhaft verzögere, und daraus - ebenfalls in Anlehnung an die allgemeine Rechtsprechung - gefolgert, in diesem Ausnahmefall könne die Klägerin ihren Einzelanspruch weiter verfolgen. Gegen diese Ausführungen, denen sich auch das Berufungsgericht

angeschlossen hat, läßt sich an und für sich aus Rechtsgründen nichts einwenden. Der Beklagte hatte aber schon in der Klageerwiderung vorgetragen, das Guthaben sei nachträglich weggefallen. In der Berufungsbegründung hatte er das dahin substantiiert, daß es sich Ende 1978 überhaupt nur auf 84.415,83 DM belaufen und bis Ende Juni 1979 durch Entnahmen der Klägerin in Höhe von 40.000 DM und eine Verlustbeteiligung aus dem ersten Halbjahr 1979 in Höhe von 46.799,06 DM völlig aufgezehrt habe. Diesen Sachvortrag dürfte das Berufungsgericht nicht übergehen.

Treffen nämlich diese Behauptungen des Beklagten zu, dann bestand am 30. Juni 1979 überhaupt kein Anspruch der Klägerin auf restliche Gewinnanteile, den sie - isoliert oder im Rahmen der Auseinandersetzung - hätte geltend machen können. Hätte sie daher vor dem Berufungsgericht verhandelt, dann hätte das Berufungsgericht über die Behauptungen des Beklagten, wonach das Ende 1978 entstandene Guthaben nicht mehr bestehe, Beweis erheben müssen; denn das Recht, sich auf das Erlöschen eines insolvent geltend gemachten Einzelanspruchs zu berufen wird dem verklagten Gesellschafter selbstverständlich nicht dadurch genommen, daß er die Auseinandersetzungsbilanz schuldhaft hinauszögert. Wäre aber die Klägerin in der mündlichen Verhandlung als nicht erschienen zu behandeln gewesen, so hätte das Berufungsgericht jenes tatsächliche Vorbringen des Beklagten gemäß § 542 Abs. 2 ZPO als zugestanden ansehen und deshalb die Zahlungsklage abweisen müssen. Die gegenteilige Entscheidung des Berufungsgerichts kann danach unter keiner der beiden möglichen verfahrensrechtlichen Voraussetzungen aufrechterhalten werden.

2. Auf Seite 7 seines Urteils hat das Berufungsgericht allerdings ausgeführt, der Zahlungsanspruch werde "nicht als Gewinnanteil 1978 geltend gemacht, sondern als Abschlagszahlung auf das von der Klägerin erwartete Auseinandersetzungsguthaben". Was das Berufungsgerichts damit zum Ausdruck bringen will, ist in Anbetracht des Akteninhalts unklar. Die Klägerin hat zwar, worauf das Berufungsgericht verweist, im Schriftsatz vom 4. September 1981 und in der mündlichen Verhandlung die Aussetzung des Verfahrens beantragt, nachdem der Beklagte inzwischen eine Auseinandersetzungsbilanz vorgelegt und sie, die Klägerin, mit erheblichen Einwänden dagegen das vertraglich vorgesehene Schiedsgutachterverfahren eingeleitet hatte. Damit läßt sich aber nicht begründen, daß die Klägerin nun ihre Klage geändert habe und nur noch den Überschuß aus der Auseinandersetzungsrechnung einklage, wie er sich nach ihrer Berechnung ergebe (vgl. das Schreiben ihrer Anwälte an den Wirtschaftsprüfer Dr. Kohler vom 22. Juli 1981). Denn sie hatte in der mündlichen Verhandlung am 16. September 1981 den Schriftsatz vom Vortage überreicht, aus dem sich unzweideutig ergibt, daß sie für den Fall, daß das Gericht das Verfahren nicht aussetze, ihre isolierte Zahlungsklage, beruhend auf den Gewinnanteilen bis Ende 1978, weiterverfolge (vgl. u.a. Seiten 2, 3, 6, 12/13 des Schriftsatzes vom 15. September 1981).

Selbst wenn aber die Klägerin die Klage geändert haben sollte, gilt folgendes: Hätte sie als in der mündlichen Verhandlung säumig zu gelten, wäre auch diese

ihre Klage abzuweisen gewesen, weil nach § 542 Abs. 2 ZPO die auf frühere Unterlagen gestützte, in der Berufungsbegründung enthaltene Behauptung des Beklagten als zugestanden zu behandeln wäre, daß im Endergebnis nicht der Klägerin etwas zustehe, diese vielmehr ausgleichspflichtig sei. War die Klägerin dagegen nicht säumig, dann war der Rechtsstreit nicht entscheidungsreif, weil sich aus dem unstreitigen Sachverhalt nichts dafür ergibt, daß die Klägerin die 69.069,03 DM im Endergebnis auf alle Fälle zu erhalten hat, und weil infolgedessen nach § 4 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages das Schiedsgutachten abzuwarten ist. Für den Anspruch auf den abschließend zu errechnenden Auseinandersetzungsanspruch ist die Bilanzverzögerung insoweit ohne rechtliche Bedeutung.

3. Dagegen kann die Klägerin, seit die Gesellschaft aufgelöst ist verlangen, von der selbstschuldnerischen Bürgschaft über 150.000 DM und von der Verpflichtung, der Stadtparkasse Ge[REDACTED]-B[REDACTED] als Sicherheit hinterlegte 50.000 DM zu belassen, durch den Beklagten befreit zu werden (vgl. das Senatsurteil v. 14. 2. 1974 - II ZR 83/72 = WM 1974, 308). Der Beklagte hat jedoch in der Berufungsinstanz, wie schon erwähnt, unter Hinweis auf die von ihm vorgelegte Auseinandersetzungsbilanz behauptet, seinerseits gegen die Klägerin einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 39.076,27 DM zu haben und außerdem die am 22. Juli 1980 an sie gezahlten 20.000 DM aus ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern zu können.

Deshalb hätte das Berufungsgericht, wäre die Klägerin säumig gewesen, ihrer Freistellungsklage durch - teilweise unechtes - Versäumnisurteil nicht uneingeschränkt, sondern gemäß §§ 273 Abs. 1, 274 Abs. 1 BGB nur Zug um Zug gegen Zahlung von 59.076,27 DM stattgeben können. Hätte die Klägerin zur Sache verhandelt, hätte möglicherweise etwas anderes mit Rücksicht auf Treu und Glauben gelten können, weil der Beklagte die Aufstellung seiner Bilanz und damit den Nachweis von Ausgleichsansprüchen verzögert hatte. Darauf braucht aber nicht weiter eingegangen zu werden, weil das Berufungsgericht die Säumigkeit der Klägerin nicht ausgeschlossen hat und das - nicht prozeßordnungsgemäß berichtigte (§ 164 Abs. 3 ZPO) - Protokoll darüber keinen eindeutigen Aufschluß gibt.

4. Nach allem muß das Berufungsurteil aufgehoben und, da ein Fall des § 565 Abs. 3 ZPO nicht vorliegt, die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Richter am Bundes-
gerichtshof Dr. Bauer
kann wegen Urlaubs
nicht unterschreiben.

Stempel

Bundschuh