

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 105/92

Verkündet am:
10. November 1993
Mayer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Wolfgang S [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

Bernd K [REDACTED], S [REDACTED] Straße [REDACTED] B [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1993 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers . . .

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle von 20. März 1992 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger und seine Ehefrau waren Gesellschafter der Bernd K[REDACTED] GmbH, die ihrerseits Komplementärin der Bernd K[REDACTED] GmbH & Co. KG - Textilien - (im folgenden: K[REDACTED] Textilien KG) und der Bernd K[REDACTED] GmbH & Co. KG - Schießsport - (im folgenden: K[REDACTED] Schießsport KG) war. Ferner waren der Kläger und der Beklagte Kommanditisten der K[REDACTED] Textilien KG, die Ehefrau des Klägers und der Beklagte Kommanditisten der K[REDACTED] Schießsport KG. In den Jahren 1975 bis 1982 belastete der Kläger zwei ihm gehörende Grundstücke in der S[REDACTED] Straße [REDACTED] und [REDACTED] (Grundbuch von B[REDACTED] Bd. [REDACTED] Bl. [REDACTED]4 sowie Bd. [REDACTED] Bl. [REDACTED]2) mit vier Grundschulden über insgesamt 475.000 DM, die der Sicherung von Geschäftskrediten der V[REDACTED]bank B[REDACTED] für die K[REDACTED] Textilien KG und die K[REDACTED] Schießsport KG dienten. Im einzelnen bestellte er

- am 29. April 1975 eine Grundschuld über 100.000 DM,
- am 25. März 1981 eine Grundschuld über 250.000 DM
und eine Grundschuld über 50.000 DM,
- am 3. Mai 1982 eine Grundschuld über 75.000 DM.

Zugleich unterwarfen sich der Kläger und seine Ehefrau in den Grundschuldbestellungsurkunden unter Übernahme der persönlichen Haftung der Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Darüber hinaus übernahmen der Kläger und seine Ehefrau 1984 Bürgschaften für - bereits durch die vorgenannten Grundschulden gesicherte - Ansprüche der V[REDACTED]bank B[REDACTED] gegen die K[REDACTED] Textilien KG in Höhe von



620.000 DM bzw. gegen die K [REDACTED] Schießsport KG in Höhe von 385.000 DM. Angesichts wachsender wirtschaftlicher Schwierigkeiten der Firmen der K [REDACTED]-Gruppe übertrugen der Kläger und seine Ehefrau ihre Geschäftsanteile durch notariellen Vertrag vom 6. Mai 1988 auf den Beklagten. Gleichzeitig schied der Kläger aus der Geschäftsführung der Bernd K [REDACTED] GmbH aus. Alleiniger Geschäftsführer wurde der Beklagte. Durch weitere notarielle Vereinbarung vom gleichen Tag sicherte der Beklagte dem Kläger eine Beschäftigung als leitender Angestellter bis zum Erreichen des Rentenalters zu. Ferner vereinbarten die Parteien in bezug auf die von dem Kläger und seiner Ehefrau übernommenen Bürgschaften sowie die von dem Kläger an seinen Grundstücken bestellten Grundschulden:

"2. ...

Herr Wolfgang S [REDACTED] (= Beklagter) übernimmt hiermit die diesen Bürgschaftserklärungen zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen und stellt die Eheleute K [REDACTED] (= Kläger und dessen Ehefrau) von einer etwaigen Inanspruchnahme aus diesen Bürgschaftserklärungen frei.

3. Der Kaufmann Wolfgang S [REDACTED] als Übernehmer der zur Firmengruppe "K [REDACTED]" gehörenden Gesellschaften hat bis spätestens zum 30. April 1989 über die Fortführung dieser Firmen zu entscheiden.

Werden danach diese Firmen bzw. die von ihnen betriebenen Unternehmen fortgeführt, verpflichtet sich Herr Wolfgang S [REDACTED], die auf den Grundstücken S [REDACTED] Straße [REDACTED] und [REDACTED] eingetragenen Grundschulden für die V [REDACTED]bank B [REDACTED] in Höhe von 475.000 DM (durch die Geschäftskredite der eingangs ge-

nannten Firmen abgesichert sind) abzulösen und die Löschung im Grundbuch zu bewilligen.

Sollte eine grundbuchliche Löschung nicht erreichbar sein, verpflichtet sich Herr Wolfgang S. [REDACTED], den Eigentümer der vorstehenden Grundstücke bzw. die Eheleute K. [REDACTED] aus etwa zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen im vorliegenden Zusammenhang freizustellen.

Kommt es nicht zu einer Fortführung der o.g. Firmen, verpflichtet sich Herr Bernd K. [REDACTED] bei der dann durchzuführenden Liquidation mitzuwirken. Herr K. [REDACTED] hat dabei das Recht, bei den dann durchzuführenden Verkaufsaktionen mitzubestimmen ..."

Durch notariellen Vertrag vom 10. Oktober 1988 gründete die Bernd K. [REDACTED] GmbH die Warenhandel Bernd K. [REDACTED] GmbH. Durch weiteren notariellen Vertrag vom gleichen Tag übertrug die Bernd K. [REDACTED] GmbH die neu gegründete Gesellschaft auf den Vater des Beklagten. Später wurde die Warenhandel Bernd K. [REDACTED] GmbH in Schießsport S. [REDACTED] GmbH umbenannt. Diese übernahm die drei wichtigsten Mitarbeiter der K. [REDACTED] Schießsport KG. Sie erwarb deren Kundenkartei, vertrieb das gleiche Warensortiment und gab einen identischen Warenkatalog heraus. Sie warb damit, daß sie die "Geschäfte der Firma K. [REDACTED] Schießsport übernommen" habe und teilte deren Lieferanten die "neue Firmen- und Lieferanschrift" mit. Die sechs Einzelhandelsgeschäfte, der Versandhandel sowie die Näherei und die Stickerei der K. [REDACTED] Textilien KG wurden geschlossen, die Mitarbeiter entlassen. Der Warenkatalog, den die K. [REDACTED] Textilien KG herausgegeben hatte, wurde nicht mehr aufgelegt. Unterdessen hatten sich die Parteien zerstritten. Im März 1989 kündigte der

Beklagte das in der notariellen Vereinbarung vom 6. Mai 1988 vereinbarte Anstellungsverhältnis des Klägers fristlos. Im April 1989 gründete die Ehefrau des Klägers eine neue K[REDACTED] GmbH, die mit dem Kläger als Angestelltem in den früheren Geschäftsräumen der K[REDACTED] Schießsport KG deren Warensortiment verkauft. Bereits durch Vertrag vom 4. November 1988 hatte die Theodor S[REDACTED] Verlag KG, deren Komplementäre der Beklagte und sein Vater sind, die Forderungen der V[REDACTED]bank B[REDACTED] gegen die Firmen der K[REDACTED]-Gruppe einschließlich der Sicherheiten erworben. Aus den Grundschuldurkunden betreibt die Theodor S[REDACTED] Verlag KG die Zwangsvollstreckung gegen den Kläger und seine Ehefrau.

In dem vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger den Beklagten auf Ablösung und Löschung der im Grundbuch auf seinen beiden Grundstücken eingetragenen vier Grundschulden, hilfsweise auf Tilgung der durch sie gesicherten Forderungen gegen die Firmen der K[REDACTED]-Gruppe in Anspruch genommen. Zur Begründung hat er vorgetragen, der Beklagte sei nach den Nrn. 2 und 3 der notariellen Vereinbarung vom 6. Mai 1988 zur Tilgung der durch die Grundschulden gesicherten Verbindlichkeiten und damit zur Löschung der Grundschulden verpflichtet. Diese Verpflichtung bestehe unabhängig davon, ob der Beklagte die von ihm übernommenen Firmen der K[REDACTED]-Gruppe fortgeführt habe oder nicht. Davon abgesehen habe der Beklagte sowohl die K[REDACTED] Schießsport KG als auch die K[REDACTED] Textilien KG fortgeführt. Demgegenüber hat der Beklagte geltend gemacht, daß der Kläger die Ablösung der Grundschulden und Tilgung der durch sie gesicherten Forderungen nur bei Fortführung der übertrage-

nen Firmen verlangen könne. Diese Voraussetzung sei nicht erfüllt. Vielmehr habe er die Firmen liquidiert. Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, die Grundschulden durch Tilgung der durch sie gesicherten Forderungen abzulösen. Mit seiner Berufung hat sich der Beklagte insbesondere gegen die Annahme des Landgerichts gewandt, er habe die übernommenen Firmen fortgeführt. Er hat unter Vorlage der Schlußbilanzen und der Gewinn- und Verlust-Rechnungen für das Jahr 1989 und unter Beweisantritt für deren Richtigkeit behauptet, daß die K [REDACTED] Textilien KG und die K [REDACTED] Schießsport KG zum 31. Dezember 1989 mit Verbindlichkeiten in Höhe von rund 607.000 DM bzw. einem Guthaben von etwa 11.000 DM liquidiert worden seien und die zu diesem Zeitpunkt noch in Liquidation befindliche Bernd K [REDACTED] GmbH Verbindlichkeiten von über 8.000 DM aufgewiesen habe. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Aus dem Wortlaut der notariellen Vereinbarung der Parteien vom 6. Mai 1988 ergebe sich, daß der Kläger von dem

Beklagten Ablösung der Grundschulden und Tilgung der durch sie gesicherten Verbindlichkeiten nur bei Fortführung der übertragenen Firmen verlangen könne. In Nr. 2 der Vereinbarung seien die Verpflichtungen aufgeführt, die der Beklagte in jedem Fall, also auch bei Liquidation der betreffenden Firmen übernommen habe, in Nr. 3 dagegen die Verpflichtungen, die den Beklagten nur bei Fortführung der Firmen träfen. Aus dem Umkehrschluß zu Nr. 3 ergebe sich eindeutig, daß der Kläger und seine Ehefrau bei einer Liquidation der Firmen über die Grundschulden bis zur Höhe von 475.000 DM mit ihrem Privatvermögen haften sollten. Der Kläger habe für die von ihm behauptete weitergehende Absprache, daß der Beklagte ihn und seine Ehefrau unabhängig von der Fortführung der Firmen von allen durch die Grundschulden gesicherten Verbindlichkeiten freistellen solle, nicht den ihm obliegenden Beweis erbracht. Der Beklagte habe nach den näheren Umständen mit Hilfe seines Vaters die K. Schießsport KG im wirtschaftlichen Sinne fortgeführt; dagegen habe er die K. Textilien KG nicht fortgeführt. Der von den Parteien nicht bedachte Fall einer teilweisen Firmenfortführung sei in ergänzender Vertragsauslegung durch eine anteilige Haftungsfreistellung des Klägers und seiner Ehefrau nach dem Verhältnis der zuletzt erwirtschafteten Roherträge zu regeln. Danach entfalle auf die von dem Beklagten fortgeführte K. Schießsport KG ein Anteil von 21,679 % von 475.000 DM = 102.975,25 DM und auf die nicht fortgeführte K. Textilien KG ein Anteil von 78,321 % von 475.000 DM = 372.024,75 DM. Gleichwohl könne der Kläger von dem Beklagten nicht nur Ablösung der Grundschulden durch Tilgung der durch sie gesicherten Forderungen in Höhe von 102.975,25 DM, sondern in voller Höhe von 475.000 DM

verlangen, weil - selbst nach Vorlage der Schlußbilanzen und der Gewinn- und Verlust-Rechnungen für das Jahr 1989 durch den Beklagten - offen sei, ob bei ordnungsgemäßer Liquidation der vom Beklagten übernommenen Firmen noch Verbindlichkeiten in Höhe von 372.024,75 DM verblieben seien, für deren Sicherung die Grundschulden hafteten. Dies gehe zu Lasten des Beklagten. Zwar treffe den Kläger die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß es bei ordnungsgemäßer Liquidation gelungen wäre, die Verbindlichkeiten vollständig zurückzuführen. Die Darlegungs- und Beweislast helfe hier indessen nicht weiter. Es sei dem Kläger, der insoweit aus eigener Kenntnis keine Angaben machen könne, nicht zuzumuten, den Beklagten auf Rechnungslegung über die ordnungsgemäße Liquidation der Firmen in Anspruch zu nehmen, obwohl dies nur Forderungen gegen ihn selbst zur Folge haben könne. Darüber hinaus treffe den Beklagten eine "sekundäre Beweislast" hinsichtlich der ordnungsgemäßen Liquidation der übernommenen Firmen, der er nicht nachgekommen sei. Deswegen habe er den Kläger aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung so zu stellen, als ob keine Verbindlichkeiten mehr bestünden.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Die bisher getroffenen Feststellungen rechtfertigen die Ansicht des Berufungsgerichts nicht, der Beklagte sei zur Ablösung der Grundschulden über insgesamt 475.000 DM durch Tilgung der durch sie gesicherten Forderungen verpflichtet.

a) Die Revision stimmt der dem Beklagten günstigen Auslegung der notariellen Vereinbarung vom 6. Mai 1988 durch das Berufungsgericht, wonach der Kläger von dem Beklagten Ablösung der Grundschulden und Tilgung der gesicherten Forderungen nur bei Fortführung der übertragenen Firmen verlangen kann, ausdrücklich zu. Die Auslegung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die K[REDACTED] Schießsport KG in Gestalt der Schießsport S[REDACTED] GmbH fortgeführt. Sie räumt selbst ein, daß nach den vom Berufungsgericht angeführten Umständen - Übernahme der drei wichtigsten Mitarbeiter der K[REDACTED] Schießsport KG, Erwerb deren Kundenkartei, Vertrieb des gleichen Warensortiments, Herausgabe eines identischen Warenkatalogs, Werbung damit, daß die Schießsport S[REDACTED] GmbH die "Geschäfte der Firma K[REDACTED] Schießsport übernommen" habe, Mitteilung der "neuen Firmen- und Lieferanschrift" an deren Lieferanten - eine Fortführung im wirtschaftlichen Sinne vorliege. Sie macht lediglich geltend, eine Firmenfortführung sei gleichwohl zu verneinen, weil die K[REDACTED] Schießsport KG "in Wahrheit" von dem Kläger bzw. dessen Ehefrau in Gestalt der neu gegründeten K[REDACTED] GmbH fortgeführt werde. Der Umstand, daß sich die neu gegründete K[REDACTED] GmbH auf demselben Gebiet betätigt wie früher die K[REDACTED] Schießsport KG, schließt indessen nicht aus, daß die Schießsport S[REDACTED] GmbH das gleiche tut und damit die K[REDACTED] Schießsport KG im wirtschaftlichen Sinne fortführt. Im rechtlichen Sinne kommt eine Fortführung dieser Gesellschaft durch den Kläger bzw. seine Ehefrau ohnehin nicht in Betracht, weil sie ihre An-

teile an der Gesellschaft bzw. der Komplementär-GmbH auf den Beklagten übertragen haben. Ohne Erfolg macht die Revision weiter geltend, der Kläger könne sich nach Treu und Glauben nicht auf die Fortführung der K[REDACTED] Schießsport KG durch den Beklagten berufen, weil der geplante Verkauf der Gesellschaft wegen der Gründung der neuen K[REDACTED] GmbH gescheitert sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob das zutrifft. Jedenfalls ist das Verhalten des Klägers nicht treuwidrig. Die Gründung der neuen K[REDACTED] GmbH im April 1989 war, wie bereits die zeitliche Abfolge zeigt, nur eine Reaktion darauf, daß der Beklagte das in dem notariellen Vertrag vom 6. Mai 1988 vereinbarte Anstellungsverhältnis des Klägers im März 1989 fristlos gekündigt hat, nachdem es zum vollständigen Zerwürfnis zwischen den Parteien gekommen war. Danach war es dem Kläger bzw. seiner Ehefrau nicht verwehrt, sich zum Erwerb des Lebensunterhalts in dem vertrauten Geschäftsbereich zu betätigen, zumal ihnen dies nicht durch eine Konkurrenzklausel in der notariellen Vereinbarung vom 6. Mai 1988 untersagt war.

c) Die Revision stimmt der dem Beklagten günstigen und verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts, dieser habe die K[REDACTED] Textilien KG nicht fortgeführt, ausdrücklich zu. Die Revisionserwiderung setzt dem lediglich eine andere Wertung des tatsächlichen Geschehens entgegen. Das ist unerheblich.

d) Dagegen erweisen sich die auf ergänzender Vertragsauslegung beruhende Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Parteien für den nicht bedachten Fall einer teilweisen Firmenfortführung eine anteilige Haftungsfreistellung des

Klägers und seiner Ehefrau nach dem Verhältnis der zuletzt erwirtschafteten Roherträge vereinbart hätten, sowie seine Annahme, danach entfalle auf die vom Beklagten fortgeführte K[REDACTED] Schießsport KG ein Anteil von 21,679 % von 475.000 DM = 102.975,25 DM, nicht als tragfähig. Zwar ist die vom Berufungsgericht angestrebte quotenmäßige Haftungsfreistellung des Klägers und seiner Ehefrau im Ansatz nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat jedoch unberücksichtigt gelassen, daß der Grundschildhauptbetrag über den Haftungsumfang einer Grundschild nichts besagt. Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil der Grundschildhauptbetrag regelmäßig zu verzinsen ist. Dafür, daß im vorliegenden Fall etwas anderes gelte, ist nichts ersichtlich. Demzufolge kann durch Zahlung eines Betrages von 102.975,25 DM eine Ablösung der Grundschilden in dem Umfang, der dem auf die vom Beklagten fortgeführte K[REDACTED] Schießsport KG entfallenden Anteil an den übernommenen Firmen entspricht, nicht herbeigeführt werden. Damit wird das Ziel der vom Berufungsgericht vorgenommenen ergänzenden Vertragsauslegung verfehlt. Da der Haftungsumfang der Grundschilden, insbesondere der Zinssatz, nicht festgestellt ist, ist der für eine entsprechende Ablösung der Grundschilden erforderliche Betrag nicht bestimmbar. Aus diesem Grunde kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

2. Es ist auch mit anderer Begründung nicht haltbar.

Unzutreffend ist der Standpunkt des Berufungsgerichts, der Beklagte sei unabhängig davon, daß er lediglich die K[REDACTED] Schießsport KG fortgeführt hat, zur Ablösung der Grundschilden in vollem Umfang verpflichtet. Eine solche

Verpflichtung könnte sich nur aus einer positiven Vertragsverletzung des Beklagten ergeben, die dann anzunehmen wäre, wenn die Liquidation der nicht fortgeführten K [REDACTED] Textilien KG nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre. Dafür fehlt es an tatsächlichen Feststellungen, weil der für die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung des Beklagten darlegungs- und beweispflichtige Kläger insoweit nichts vorgetragen, sondern sich darauf beschränkt hat, die Richtigkeit der vom Beklagten vorgelegten Schlußbilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen für das Jahr 1989 zu bestreiten. Ein substantiierter Sachvortrag hätte mit Rücksicht darauf, daß der Kläger nach Nr. 3 Abs. 4 der notariellen Vereinbarung vom 6. Mai 1988 nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet war, an der Liquidation der übertragenen Firmen mitzuwirken, vor allem eine Darlegung erfordert, weshalb er sich an der Liquidation nicht beteiligt hat. Die "sekundäre Darlegungslast", auf die das Berufungsgericht im Zusammenhang seiner Begründung der Verpflichtung des Beklagten zur Ablösung der Grundschulden in vollem Umfang abgehoben hat, käme - wenn überhaupt - nur dann in Betracht, wenn dem Kläger eine Beteiligung an der Liquidation verwehrt worden wäre. Davon kann für die Entscheidung in der Revisionsinstanz schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil der Kläger nicht einmal die Möglichkeit eines Auskunftsverlangens, notfalls seiner klageweisen Durchsetzung, in Betracht gezogen hat.

3. Eine eigene Sachentscheidung durch den erkennenden Senat verbietet sich, da es weiterer tatsächlicher Feststellungen und gegebenenfalls einer Beweiserhebung über die Ordnungsmäßigkeit der Liquidation bedarf. Deshalb war die

Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die anderweite Verhandlung gibt den Parteien Gelegenheit, zu den Fragen der ergänzenden Vertragsauslegung und einer eventuellen positiven Vertragsverletzung des Beklagten vorzutragen.

Wolf

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers