

BUNDESGERICHTSHOF

2078 023

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 309/62

URTEIL

Verkündet am

14. Juni 1965
Klett, Justiz-
obersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts und Kaufmanns Dr. Alfred B. [REDACTED] in
F. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma R. [REDACTED]-Reinigung und Wäscherei Gesellschaft
mit beschränkter Haftung in F. [REDACTED], vertreten durch
ihre Geschäftsführerin Helene T. [REDACTED] in F. [REDACTED],
Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner für Recht erkannt:

Die Revisionen gegen die Urteile des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 19. Juni und 23. Oktober 1962 werden auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin wurde von dem Beklagten und zwei Mitgesellschaftern durch Gesellschaftsvertrag vom 13. Mai 1958 gegründet und ~~später ins Handelsregister eingetragen. Sie betrieb ein Expres-~~reinigungsgesellschaft mit Filialen in Fulda und Frankfurt am Main. Bereits am 18. April 1958 hatte der Beklagte in Frankfurt am Main, Zeil 43, Geschäftsräume (im Keller, Erdgeschoß und in der ersten Etage) zum Betriebe einer Expresreinigung gemietet. In einer Zusatzvereinbarung vom selben Tage heißt es, der Beklagte miete "für sich oder eine Gesellschaft, an welcher er Teilhaber ist (§ 1)". Den Reinigungsbetrieb in den gemieteten Räumen richtete die Klägerin auf ihre Kosten ein. Sie leistete den vereinbarten (Zusatzvertrag § 2) "unverzinslichen, nicht rückzahlbaren Baukostenzuschuß in Höhe von 6 750 DM", beschaffte die Reinigungsmaschinen, trug sämtliche Ein- und Umbaukosten

(§ 3 Zusatzvertrag) und bezahlte die Miete bis einschließlich 31. August 1959 aus Gesellschaftsmitteln.

Der Beklagte geriet bald mit den Mitgesellschaftern in Streit. Deshalb schlossen sie am 30. November 1959 einen Vertrag, der die Auseinandersetzung vorbereiten sollte. Nach dieser Vereinbarung sollte der Beklagte (im Innenverhältnis) die Frankfurter Filiale ab 1. September 1959 auf eigene Rechnung führen, jedoch bestimmte, die Gesellschaft betreffende Verbindlichkeiten bezahlen. Zum 1. März 1961 legte er den Reinigungsbetrieb still. Am 25. Januar 1961 wurde er durch Beschluß der Gesellschafterversammlung aus der Gesellschaft ausgeschlossen. Darüber kams es zu einem Rechtsstreit (3/4.0. 39/61 LG = 5 U 215/61 OLG Frankfurt/Main). In diesem schloß das Landgericht den Beklagten aus der Gesellschaft aus. Der Ausschluß des Beklagten wurde durch Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main - 5 U 215/61 - vom 19. Juni 1962 - das inzwischen durch Zurückweisung seiner Revision (Urt.vom 17. September 1964 - II ZR 136/62 -) rechtskräftig geworden ist - bestätigt.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit behauptet die klagende Gesellschaft, der Beklagte habe die Geschäftsräume für die Filiale Frankfurt in ihrem Auftrage (als Gründungsgesellschaft) gemietet. Da er versuche, ihr das Geschäftslokal zu "entfremden", müsse er ihr den Besitz daran einräumen und ihr seine Mietrechte abtreten. Damit ist die Vermieterin unstreitig einverstanden.

Dem Antrage der Klägerin entsprechend verurteilte das Landgericht den Beklagten, darin einzuwilligen, daß der Mietvertrag auf die Klägerin umgeschrieben wird und dieser alle ihm zustehenden Rechte abzutreten, insbesondere ihr den Besitz des Mietlokals "Zeil 43 part" zu überlassen. Im Berufungsrechtszuge beantragte die Klägerin, die Berufung des Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß das Urteil des Landgerichts



hinsichtlich der Bezeichnung des Mietlokals dahin neugefaßt wird, daß es heißt "Zeil 43 ptr. und 1. Erdgeschoß nebst Kellerräumen". In seinem Urteil vom 19. Juni 1962 ging das Berufungsgericht davon aus, die Klägerin habe schlechthin "Zurückweisung der Berufung" beantragt und erkannte entsprechend. Nach Berichtigung des Tatbestandes dieses Urteils (Beschuß vom 16. Oktober 1962) ergänzte das Berufungsgericht sein Urteil dahin, daß es das landgerichtliche Urteil auf die Anschlußberufung der Klägerin änderte und zur Klarstellung neu faßte:

"Der Beklagte wird verurteilt:

- a) Darin einzuwilligen, daß der mit den Erben Trass bestehende Mietvertrag bezüglich des Mietlokals Zeil 43, Erdgeschoß und 1. Stockwerk nebst Kellerräumen, der auf seinen Namen lautet, auf die Klägerin umgeschrieben wird, und der Klägerin alle ihm in Bezug auf das Mietlokal gegen die Vermieterin zustehenden Rechte abzutreten,
- b) der Klägerin den Besitz an den Mieträumen zu überlassen."

Mit seinen gegen Urteil und Ergänzungsurteil des Berufungsgerichts gerichteten Revisionen, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte Aufhebung beider Urteile und Abweisung der Klage. Beide Sachen sind zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Revision meint, Ergänzungsurteil und Haupturteil betreffen denselben Anspruch, im Haupturteil sei deshalb kein von der Klägerin geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch ganz oder teilweise übergangen. Das Ergänzungsurteil sei aus diesem Grunde (§ 321 ZPO) unzulässig gewesen und müsse ersatzlos aufgehoben werden.

Dem ist nicht zu folgen.

Im landgerichtlichen Urteil war dem Klageantrag entsprechend das "Mietlokal", an dem der Beklagte der Klägerin auch den Besitz überlassen sollte, nur mit "Zeil 43 part" umschrieben. Damit war der Klagegegenstand nicht vollständig angegeben. Der Sachverhalt ergab allerdings, daß die Klägerin Eintritt in den ganzen Mietvertrag, der sich (§ 1) auch auf Räume in der ersten Etage und im Keller bezog, erstrebte und Einräumung des Besitzes am gesamten Mietgegenstand verlangte. Dieses Begehren war aber weder im Antrag erster Instanz noch im Urteil des Landgerichts hinreichend zum Ausdruck gekommen. Die Klägerin mußte daher, schon um Schwierigkeiten bei der Vollstreckung zu vermeiden, ihren Antrag im Berufungsrechtszuge entsprechend erweitern. Das hat sie mit Schriftsatz vom 26. März 1962 getan. Diesen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum als Anschlußberufung angesehen. Deren Antrag hatte es in seinem Haupturteil übergangen. Es hat ihn deshalb zulässigerweise im Ergänzungsurteil beschieden.

B.

I. Der Beklagte hat den Mietvertrag mit Zusatzvertrag, beide vom 18. April 1958, zwar im eigenen Namen abgeschlossen. Das Berufungsgericht stellt aber fest, er habe insoweit für die kurze Zeit später, am 13. Mai 1958, gegründete Gesellschaft, die sich zur Zeit der Anmietung der Räume bereits im Gründungsstadium befunden habe, gehandelt. Für ein Handeln für die Gesellschaft spricht nach Auffassung des Berufungsgerichts, daß in den streitigen Räumen ohne besonderen Überlassungsvertrag auf Kosten der Klägerin der Betrieb einer Expresreinigung eingerichtet wurde, sowie, daß der Baukostenzuschuß und die gesamten Einrichtungskosten von der Klägerin beglichen wurden, die auch ^{unstreitig} bis zum 31. August 1959 die Miete bezahlte. Von da ab habe zwar der Beklagte, so führt das Berufungsgericht aus, den Mietzins entrichtet, insoweit habe er aber

den Filialbetrieb Frankfurt/Main für die Klägerin in den streitigen Räumen geführt. Bei den Einnahmen daraus habe es sich nicht um Einnahmen des Beklagten, sondern um Einnahmen für die Gesellschaft gehandelt. Nach außen hin sei die Filiale Frankfurt auch über den 31. August 1959 hinaus Vermögen und Eigentum der Klägerin geblieben. An der Rechtslage habe sich durch den Vertrag vom 30. November 1959 nichts geändert; denn dieser Vertrag habe die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern nur vorbereiten sollen.

Rechtlich wertet das Berufungsgericht das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien als treuhänderischen Geschäftsbesorgungsvertrag, auf den die Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden. Nach § 667 BGB sei der Beklagte verpflichtet, alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt habe, an die Klägerin herauszugeben. Das bedeute, er müsse seine Forderungsrechte aus dem abgeschlossenen Mietvertrag auf die Klägerin übertragen und damit einverstanden sein, daß diese nunmehr selbst die Rechtsstellung des Mieters einnehme, aber auch, er müsse ihr den Besitz an den Mieträumen überlassen. Der vorläufige Auseinandersetzungsvertrag vom 30. November 1959, nach welchem die Räume Zeil 43 in Frankfurt/Main dem Beklagten allein zustehen sollten, steht nach Auffassung des Berufungsgerichts diesem Verlangen der Klägerin mit Rücksicht auf den Ausschluß des Beklagten aus der Gesellschaft nicht entgegen. Dazu verweist das Berufungsgericht auf sein Urteil vom 19. Juni 1962 - 5 U 215/61 - durch das es das landgerichtliche Urteil, das dem Beklagten aus der Gesellschaft ausschloß, bestätigt hat. Es verneint auch ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten wegen seiner Mietaufwendungen, weil er "eigene Mittel" zu diesen Mietzahlungen nicht verwendet habe.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts bewegen sich weitgehend auf dem dem Tatrichter vorbehaltenen Gebiet der Würdigung des vorgetragenen Sachverhalts und der Auslegung

individueller Willenserklärungen, insbesondere des Vertrages vom 30. November 1959. Sie enthalten im Ergebnis keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten und halten auch den Verfahrensrügen der Revision gegenüber einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Das gilt zunächst, soweit das Berufungsgericht zu der Annahme gelangt ist, durch die Anmietung der Geschäftsräume habe der Beklagte treuhänderisch für die im Entstehen begriffene Gesellschaft ein Geschäft besorgt, aus dem er verpflichtet sei, ihr das "Erlangte" herauszugeben.

a) In diesem Zusammenhang ist unerheblich, daß der Beklagte den Mietvertrag bei Gründung der Gesellschaft nicht ausdrücklich in diese "eingebracht" hat und daß ihm nicht im Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Verpflichtung gemäß § 3 Abs. 2 GmbHG auferlegt worden ist. Die Auferlegung einer solchen gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung wäre zwar möglich gewesen. Mit dem Wesen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind jedoch Nebenabreden schuldrechtlicher Art außerhalb der Satzung auch dann vereinbar, wenn sie so wichtig sind, daß durch sie die Erreichung des erstrebten wirtschaftlichen Zieles erst ermöglicht wird (RGZ 112, 273, 277, 278). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich hier um eine solche Nebenabrede.

b) Anders als das Landgericht hat das Berufungsgericht entgegen den Ausführungen der Revision seine Auffassung, der Beklagte habe die Räume "treuhänderisch" für die Klägerin gemietet, nicht entscheidend auf den Wortlaut der Zusatzvereinbarung vom 18. April 1958 gestützt. Auf diesen hat es in den Entscheidungsgründen seines Urteils in diesem Zusammenhang nicht verwiesen. Es liegt deshalb auch kein Anhalt dafür vor, das Berufungsgericht könnte verkannt haben, daß die Zusatzvereinbarung dem Beklagten lediglich gegenüber der Vermieterin

die Befugnis gab, die Mietrechte an eine Gesellschaft zu übertragen, an der er beteiligt ist, ohne daß die Übertragung selbst schon erfolgt wäre. Andernfalls wäre die gegenwärtige Klage überflüssig. Dagegen läßt die Tatsache, daß sich der Beklagte eine solche Befugnis hat einräumen lassen, die Annahme eines "Herausgabeanspruchs" erst sinnvoll erscheinen. Die Aufnahme einer solchen Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag ist daher zwar schlüssiges Anzeichen für das Bestehen eines solchen Anspruchs, nicht aber ist dieser Anspruch der Klägerin unmittelbar aus der Zusatzvereinbarung als solcher erwachsen. Das hat auch das Berufungsgericht nicht angenommen; denn es geht von einem besonderen Geschäftsbesorgungsvertrag aus.

c) Daß vertragliche Beziehungen zwischen der Klägerin und dem Beklagten außerhalb des Statuts der Gesellschaft im Hinblick auf die Geschäftsräume Zeil 43 bestanden haben, unterstellt auch die Revision. Sie wendet sich nur gegen die Annahme eines treuhänderischen Geschäftsbesorgungsvertrages und will die Beziehungen zwischen der Klägerin und dem Beklagten rechtlich als Untermietverhältnis über die Geschäftsräume eingeordnet wissen. Damit setzt sie im Ergebnis ihre eigene Auslegung und Würdigung an die Stelle der von dem hier erkennenden 5. Senat des Berufungsgerichts für richtig gehaltenen. Dafür beruft sie sich vergeblich auf das Urteil des 7. Zivilsenats dieses Gerichts vom 14. November 1962 in dem Rechtsstreit zwischen der Vermieterin auf Zahlung rückständiger Miete und Räumung (7 U 105/62), in dem dieser Senat zu einer entsprechenden rechtlichen Würdigung gelangt ist. Diese ist jedoch weder zwingend noch für das gegenwärtige Verfahren bindend.

d) Das Berufungsgericht ist hier nicht, wie der 7. Senat dieses Gerichts ersichtlich angenommen hat, von einem Treuhandvertrag im engeren Sinne, von einer Übertragung von Rechten seitens des Treugebers (der Gesellschaft) auf den Treuhänder (Beklagten), sondern von einem ähnlichen Verhältnis aus-

gegangen, nämlich von einer Geschäftsbesorgung des Beklagten für die künftige Gesellschaft, indem er zunächst im Auftrage der Gesellschafter, die die Gesellschaft zu gründen beabsichtigten, die Geschäftsräume zwar im eigenen Namen, aber im Innenverhältnis für die Gesellschafter und die spätere Gesellschaft mietete. Dazu war weder eine Vorgründungsgesellschaft in Form einer offenen Handelsgesellschaft noch eine Wahrung der Form des § 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 GmbHG erforderlich. Es genügte eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu der sich die Gesellschafter auch stillschweigend verbinden konnten. Es ist unbestritten, daß bei Anmietung der Geschäftsräume schon Verhandlungen zwischen dem Beklagten und seinen späteren Mitgesellschaftern (K. [REDACTED] und T. [REDACTED]) geführt worden waren. Dabei ist unerheblich, ob bereits eine volle Einigung über die Gestaltung der späteren Gesellschaft im einzelnen erzielt worden war. Auch gegen die Annahme eines Eintritts der Gesellschaft in das mit der "Gründungsgesellschaft" bestehende (treuhänderische) Auftragsverhältnis, ein Eintritt, der auch stillschweigend erfolgen konnte, bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Es genügte, wenn sich die Beteiligten, ohne daß dafür ein bestimmter Zeitpunkt festgestellt zu werden brauchte, darüber einig waren, der Beklagte solle im Innenverhältnis aus dem ursprünglichen Auftrag der Gesellschaft hinsichtlich der Rechte aus dem Mietvertrag nunmehr treuhänderischer Beauftragter der Gesellschaft sein. Nur das, nicht die Annahme eines Untermietverhältnisses, zwischen Gesellschaft und dem Beklagten erscheint sinnvoll; denn dann gehörten die Räume, wie das Berufungsgoricht auch feststellt (BU 5), wirtschaftlich zum Vermögen der Gesellschaft, das sie durch Geltendmachung ihres Anspruchs auf Übertragung der Rechte aus dem Mietvertrag an sich ziehen konnte. Sie war jedoch nicht gehalten, das alsbald zu tun. Sie konnte den Beklagten, worauf die Revisionserwiderung zutreffend verweist, im Hinblick auf das zwischen einer Gesellschaft und ihren Gesellschaftern bestehende gesellschaftsrechtliche Treueverhältnis (BGHZ 9, 157, 163), vielmehr auch weiterhin

in seiner Vertragsstellung als Mieter belassen und brauchte ihre vertraglichen Rechte aus dem treuhänderischen Auftragsverhältnis erst geltend zu machen, als der Beklagte sich seinen vertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Verpflichtungen zu entziehen suchte.

44
e) Entgegen der Auffassung der Revision und den Ausführungen des 7. Senats des Berufungsgerichts im Urteil vom 14. November 1962 hat sich das Berufungsgericht in seinem Urteil in der hier zu beurteilenden Streitsache für seine Annahme eines treuhänderischen Auftragsverhältnisses hinsichtlich Anmietung der Geschäftsräume durch den Beklagten auch nicht in erster Linie auf die Tatsache der laufenden Mietzahlungen durch die Klägerin bis August 1959 bezogen. Der 7. Zivilsenat hat außer Betracht gelassen, daß die Klägerin nach dem unstreitigen Sachverhalt und den Feststellungen des Berufungsgerichts im gegenwärtigen Rechtsstreit den nicht unbeträchtlichen Baukostenzuschuß und sämtliche Ein- und Umbaukosten getragen hat, die insbesondere für den Einbau der von der Gesellschaft auf ihren Namen beschafften und in die Geschäftsräume eingebrachten wertvollen Reinigungsmaschinen erforderlich waren. Gerade in diesen erheblichen Investitionen hat das Berufungsgericht hier das entscheidende Beweisanzeichen dafür gesehen, daß der Beklagte im Innenverhältnis die Mieträume für die Klägerin gemietet hatte und ihr gegenüber verpflichtet war, ihr auf Verlangen die Rechte aus diesem Vertrage abzutreten. Das ist nicht rechtsirrig. Ein Rechtsfehler oder ein Vorstoß gegen § 286 ZPO durch das Berufungsgericht kann hier auch nicht darin gesehen werden, daß es von seiner wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus den Sachverhalt nicht auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt eines zwischen den Parteien stillschweigend abgeschlossenen Untermietvertrages über die Geschäftsräume betrachtet hat. Dafür bot der Sachvortrag im gegenwärtigen Rechtsstreit keinen hinreichenden Anhalt.

f) Die Revisionsbegründung verweist (unter 3 c) noch auf ein zu den Akten 5 U 148/61 OLG Frankfurt = 3.1.0. 151/60 LG Frankfurt) überreichtes "Schreiben" der dortigen Kläger (K [REDACTED] und T [REDACTED]) vom 31. Oktober 1960. Dieses soll das Berufungsgericht übersehen haben (§ 286 ZPO), weil es andernfalls nicht zu seiner Schlußfolgerung habe gelangen können. Die Revisionsrüge ist, falls sie überhaupt zulässig sein sollte, nicht begründet. Die Revision hat nicht angegeben, wo sich dieses Schreiben in den 2-bändigen Beilagen befinden soll. Es scheint der Schriftsatz der dortigen Kläger vom 31. Oktober 1960 gemeint zu sein. Dem dortigen Vortrag: "Die Geschäftsräume Zeil 43, die der Beklagte auf seinen Namen gemietet habe, könnten nur für die Gesellschaft bestimmt sein", "der Laden Zeil 43 gehöre wirtschaftlich zum Geschäftsvermögen" und der "Mietvertrag über Zeil 43 stand bzw. stehe der Gesellschaft zu", widerspricht jedoch nicht die rechtliche Beurteilung durch das Berufungsgericht im gegenwärtigen Rechtsstreit, der Beklagte habe seine Mietrechte nur aus treuhänderischer Geschäftsbesorgung für die Klägerin inne.

2. Nicht rechtsirrig ist auch im Ergebnis die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der vorläufige Auseinandersetzungsvertrag vom 30. November 1959 mit dem Klagebegehren im Einklang steht.

a) Diesen Vertrag hat der 7. Zivilsenat des Berufungsgerichts in seinem bereits erwähnten Urteil vom 14. November 1962 als nichtig angesehen. Im gegenwärtigen Rechtsstreit läßt das Berufungsgericht in seinem angefochtenen Urteil dahingestellt, ob er insgesamt oder ob einzelne Bestimmungen daraus nichtig sind. Die Revision hält ihn - insoweit in Übereinstimmung mit dem Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 17. September 1964 - II ZR 136/62 - für gültig. Auch der erkennende Senat bejaht seine Rechtsgültigkeit. Dazu kann auf die eingehenden Ausführungen des bezeichneten Urteils des II. Zivilsenats S. 9 ff verwiesen werden, das zwischen denselben Prozeßparteien ergangen ist, so daß ihnen diese Gründe bekannt sind.

b) In diesem Vertrag ist zwar bestimmt, beide Geschäfte der Gesellschaft sollten mit Wirkung vom 1. September 1959 nicht mehr für Rechnung der Gesellschaft, sondern für persönliche Rechnung der einzelnen Gesellschafter betrieben werden, und zwar das Geschäft in Frankfurt vom Beklagten, das in Fulda von den beiden anderen Gesellschaftern (I a, b). In XVI dieses Vertrages ist auch vorgesehen, daß die Mitgesellschafter K. [REDACTED] und T. [REDACTED] mit Wirkung vom 1. September 1959 hinsichtlich der Geschäftsräume in Frankfurt am Main keine Ansprüche mehr haben. Letzteres wertot die Revisionserwiderung übrigens mit Recht als ein Anzeichen dafür, daß der Beklagte damals selbst der Auffassung war, es beständen solche Ansprüche der übrigen Gesellschafter oder der Gesellschaft. Wie das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei annimmt, hat die Gesellschaft ihre Ansprüche durch den Vortrag jedoch nicht verloren. Der Vertrag war unstreitig kein endgültiger Auseinandersetzungsvertrag. Er sollte die künftige Aufteilung der Gesellschaftswerte auf die drei Gesellschafter nur vorbereiten, aber nicht durchführen (vgl. Einleitung: "wollen aufteilen, sobald die entsprechende Basis gegeben ist", für die Zeit bis zur Aufteilung und für die Durchführung vereinbaren die Gesellschafter schon jetzt"). Der Beklagte sollte denach die Filiale in Frankfurt nur im Innenverhältnis (zur Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern) für eigene Rechnung führen. Das war nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils unstreitig. Dazu hat der Beklagte auch früher selbst vortragen, der Vertrag vom 30. November 1959 habe materiell nichts ändern sollen, auch nichts geändert, weil die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht über das Gesellschaftsvermögen verfügen und vor Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger, die unstreitig noch nicht erfolgt ist, dieses Vermögen nicht unter sich aufteilen können (Schriftsatz vom 22. März 1961 Akten 3¹0. 151/60 = 5 U 148/61 und Berufungsbegründung in dieser Sache vom 6. Oktober 1961). Eine solche Aufteilung ist auch bisher nicht erfolgt. Die Filiale in Frankfurt blieb daher ebenso wie die in Fulda rechtlich noch Vermögen der Klägerin.

c) Das Berufungsgericht hat auch rechtsirrtumsfrei angenommen, daß hier Gründe vorlagen, die die Klägerin berechtigten, das dem Beklagten nur vorläufig überlassene Gesellschaftsvermögen, die Filiale in Frankfurt, durch Geltendmachung der Rechte auf Übertragung des Mietvertrages und des Mietbesitzes zwecks eigener Verwaltung dieses Vermögens wieder an sich zu ziehen. Das mag zwar nicht ohne weiteres aus dem damals noch nicht rechtskräftigen Ausschluß des Beklagten aus der Gesellschaft folgen. So ist aber das angefochtene Urteil auch nicht zu verstehen. Wie die Revision selbst vorträgt, sind damals der gegenwärtige und der Rechtsstreit über den Ausschluß des Beklagten aus der Gesellschaft gleichzeitig vor dem Berufungsgericht verhandelt. Die in beiden Sachen ergangenen Urteile sind am selben Tage (19. Juni 1962) verkündet. In den Entscheidungsgründen seines Urteils im gegenwärtigen Rechtsstreit hat das Berufungsgericht ausdrücklich auf sein Urteil in der anderen Sache verwiesen. Damit meint es erkennbar, daß die in diesem Urteil für den Ausschluß des Beklagten aus der Gesellschaft angeführten Gründe die Klägerin auch zur Geltendmachung ihrer Rechte aus dem treuhänderischen Geschäftsbesorgungsvertrag trotz des vorläufigen Auseinandersetzungsvertrages vom 30. November 1959 berechtigten. Eine solche Bezugnahme war zulässig, weil es sich um Prozesse zwischen denselben Parteien, die auch durch dieselben Prozeßbevollmächtigten vertreten waren, handelte. Das Berufungsgericht hat aber in dem "Ausschlußverfahren" schwere Verstöße des Beklagten gegen den Gesellschaftsvertrag und den vorläufigen Auseinandersetzungsvertrag festgestellt, insbesondere durch Schließung der Frankfurter Filiale zum 1. März 1961, zu der er nicht berechtigt war, sowie dadurch, daß er für diese Filiale keinen Geschäftsführer bestellte und daß er es schuldhaft wegen in Frankfurt begründeter Schulden zu zahlreichen Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Klägerin kommen ließ. Das waren ausreichende Gründe für die Klägerin, die Verwaltung ihres Vermögens trotz des Vertrages vom 30. November 1959 wieder an sich zu ziehen, weil der Beklagte durch sein Verhalten gerade den Vollzug dieses Vertrages unmöglich gemacht hatte (Urteil des Berufungsgerichts in der Ausschluß-

sache S. 11). Diese Gründe sind als Ausschlußgründe inzwischen auch im "Ausschlußverfahren" vom Bundesgerichtshof gebilligt worden.

d) Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht auch ein Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrecht des Beklagten wegen seiner Mietzahlungen an die Vermieterin für die Zeit nach dem 31. August 1959 verneint. Dabei hat es entgegen der Auffassung der Revision nicht übersehen, daß der Beklagte nach dem Vertrage vom 30. November 1959 das Geschäft in Frankfurt/Main mit Wirkung vom 1. September 1959 an (Ia des Vertrages) allein übernehmen und führen sollte. Daß dies (im Innenverhältnis) auch auf eigene Rechnung geschehen sollte, ist von ihm im Tatbestand seines Urteils sogar ausdrücklich erwähnt. Angesichts der rechtsirrtumsfreien Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Filiale in Frankfurt/Main auch nach dem 31. August 1959 Vermögen der Klägerin blieb, solange nicht eine endgültige Auseinandersetzung erfolgen konnte und erfolgt war, ist es aber nicht rechtsirrig, wenn es die Aufwendungen aus Einnahmen des Beklagten aus diesem Vermögen ungeachtet dessen, daß sie im Innenverhältnis ihm verblieben, soweit er nicht daraus Geschäfts- und Gesellschaftsschulden vereinbarungsgemäß bezahlen mußte, nicht als eine Verwendung "eigener Mittel" des Beklagten angesehen hat, die der Klägerin gegenüber ein Leistungsverweigerungs- oder Zurückbehaltungsrecht des Beklagten rechtfertigen könnte. Das ist umso weniger bedenklich, als dem Beklagten auf jeden Fall im Verhältnis zur Klägerin, solange er die Geschäftsräume im Besitz behielt, auch die Mietzahlungen zur Last fielen. Ob eine andere Auffassung geboten sein könnte, wenn der Beklagte nach dem 31. August 1959, zur Zahlung von Miete auch "eigene Mittel", d.h. wie das Berufungsgericht erkennbar meint, solche, die er nicht aus dem Betrieb der Filiale gezogen hatte, eingesetzt hätte, bedarf keiner Entscheidung; denn das Berufungsgericht hat die Verwendung solcher Mittel

nicht als dargetan angesehen (BU 6). Das ist von der Revision nicht angegriffen, die selbst vorträgt, es habe sich bei dem verwendeten Geld um den Ertrag aus dem Frankfurter Betrieb gehandelt.

C.

Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Beklagten enthält, muß die Revision als unbegründet zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner
