

VII ZR 219/60

2225 027

Verkündet
am 1. März 1962
[REDACTED], 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 Firma Heinrich B [REDACTED] Holzindustrie OHG i.L., F [REDACTED]
Q [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den Liquidator
Hans S [REDACTED], Volkswirt und vereidigter Bücherrevisor,
N [REDACTED] So [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagter, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Willy St [REDACTED], N [REDACTED], Ba [REDACTED]gasse [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 1. März 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Hubert
Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom
28. Juli 1960 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben,
als die Beklagte verurteilt worden ist,

- a) 2.000 DM nebst Zinsen seit dem 1. Januar 1953,
- b) Zinsen von 935,10 DM vom 21. Juni 1948 bis zum
24. August 1954

zu zahlen.

In diesem Umfange wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Beklagte hat 4/5 der Kosten der Revision zu tragen; über die restlichen Kosten hat das Berufungsgericht zu entscheiden.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

4 Der Kläger war vom 1. April 1922 bis zum 30. September 1957 als Prokurist bei der beklagten OHG tätig. Gesellschafter der Beklagten waren die Brüder Kommerzienrat Friedrich B. [REDACTED] und Gustav B. [REDACTED]. Friedrich B. [REDACTED] starb am 21. Juli 1954. Die Gesellschaft trat in Liquidation. Als Liquidatoren waren zunächst der überlebende Gesellschafter Gustav B. [REDACTED] und die Witwe des verstorbenen Friedrich B. [REDACTED] tätig. Als es zu Uneinigkeiten kam, wurde der Bücherrevisor S. [REDACTED] vom Registergericht am 22. Oktober 1954 zum Liquidator bestellt und als solcher am 16. April 1955 ins Handelsregister eingetragen. Der Gesellschafter Gustav B. [REDACTED] starb während des Rechtsstreits im Jahre 1958.

Der Kläger beruft sich darauf, daß ihm auf Grund von Zusagen der Gesellschafter eine Gewinnbeteiligung von 4 % zustehe, die ihm für die Zeit seit der Währungsreform noch nicht gezahlt worden sei. Außerdem macht er weitere Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend, u.a. eine Sondervergütung von 2.000 DM für das Hereinbringen zweier amerikanischer Großaufträge im Jahre 1952, ein Guthaben von umgestellt 935,10 DM aus der Zeit vor der Währungsreform und eine Barabgeltung für nicht genommenen Urlaub.

Der Kläger hat im ersten Rechtszuge beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 21.964,86 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte bestreitet, daß dem Kläger eine Gewinnbeteiligung für die Zeit nach der Währungsreform und eine Sondervergütung von 2.000 DM zugesagt worden seien. Sie

- 3 -

hält die geltend gemachten Ansprüche auch für verjährt und verwirkt. Hilfsweise hat sie mit einer Gegenforderung von 2.337,12 DM aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 17.811,79 DM nebst Zinsen verurteilt.

Gegen dieses Urteil haben die Beklagte Berufung und der Kläger Anschlußberufung eingelegt. Die Beklagte hat im Berufungsverfahren hilfsweise mit 2 weiteren Forderungen von 5.000 und 1.157,50 DM aufgerechnet.

Das Oberlandesgericht hat die Anschlußberufung zurückgewiesen, der Berufung der Beklagten aber zum Teil stattgegeben und sie nur zur Zahlung von 10.308,59 DM nebst Zinsen verurteilt.

Es hält folgende Ansprüche des Klägers für begründet: Gewinnbeteiligung für die Jahre 1948/49, 1950, 1951, 1955, 1956 in Höhe von insgesamt 15.000 DM; Sondervergütung von 2.000 DM für die Aufträge im Jahre 1952; Guthaben aus der Zeit vor der Währungsreform in Höhe von 935,10 DM; Urlaubsabgeltung für das Jahr 1957 in Höhe von 868,11 DM. Es setzt Gegenforderungen der Beklagten im Gesamtbetrag von 8.494,62 DM ab.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die völlige Abweisung der Klage. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision meint, der Kläger könne keine Barabgeltung für den im Jahre 1957 nicht genommenen Urlaub beanspruchen.



1) Dieser Anspruch steht jedoch dem Kläger nach dem Bayerischen Urlaubsgesetz vom 11. Mai 1950 zu. Nach diesem Gesetz ist es zwar im allgemeinen nicht statthaft, den Urlaub abzugelten. Eine Ausnahme gilt aber nach Art. 7 Abs. 3, wenn das Beschäftigungsverhältnis gelöst wird, ohne daß der zustehende Urlaub eingebracht wurde. Nicht "eingebracht" im Sinne dieser Bestimmung ist der Urlaub, wenn er nicht gewährt und genommen worden ist (Dersch, Die Urlaubsgesetze, S. 337 Rdz. 701). Das trifft hier für das Jahr 1957 zu. Weitere Voraussetzungen sind zur Entstehung des Anspruchs auf Urlaubsabgeltung nicht erforderlich.

Die Revision meint, der Abgeltungsanspruch entfalle, weil der Kläger seinen Urlaub im Jahre 1957, insbesondere in der Zeit zwischen dem 1. April 1957, wo die Beklagte gekündigt habe, und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 30. September 1957, habe nehmen können. Damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Daß am 1. April 1957 gekündigt worden sei, ist im Berufungsurteil nicht festgestellt. Aber auch grundsätzlich kann der Senat der Ansicht der Revision nicht beitreten.

Diese Auffassung wird zwar im Schrifttum vertreten, sofern eine Barabgeltung, wie es in den Urlaubsgesetzen der meisten anderen Länder der Fall ist, überhaupt nicht vorgesehen ist. Es wird gesagt, eine Urlaubsabgeltung komme nur in Betracht, wo die Gewährung des Urlaubs selbst unmöglich sei, und eine solche Unmöglichkeit liege grundsätzlich bei befristeter Kündigung nicht vor, weil die Freizeit noch innerhalb der Kündigungsfrist gewährt werden könne (Dersch aaO S. 334 Rdz. 692 a). Es leuchtet nicht recht ein, daß damit dem Arbeitnehmer,

dessen Arbeitsverhältnis durch ordentliche Kündigung beendet wird, der Abgeltungsanspruch versagt wird, während er dem Arbeitnehmer, der aus seinem Verschulden fristlos entlassen wird, (wenigstens grundsätzlich) zustehen soll, weil diesem eben Freizeit wegen der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann (Dersch aaO S. 333 Rdz. 691, S. 336 Rdz. 699; BAG AP Nr. 1 zu Art. 7 UrlaubsG Bayern). Jedoch bedarf es keiner Stellungnahme, ob die von Dersch vertretene Ansicht für die Fälle zutrifft, in denen eine Barabgeltung gesetzlich überhaupt nicht geregelt ist. Den Bestimmungen des hier maßgebenden Bayerischen Urlaubsgesetzes ist jedenfalls nichts dafür zu entnehmen, daß der Anspruch auf Urlaubsabgeltung nicht entsteht, wenn der Urlaub noch in der Kündigungsfrist hätte genommen werden können, aber nicht genommen worden ist. Das Gesetz knüpft die Entstehung des Anspruchs auch nicht an die Voraussetzung, daß der Arbeitnehmer wenigstens seinerseits den Anspruch auf Freizeitgewährung (erfolglos) geltend gemacht haben müßte (vgl. Dersch aaO S. 337 Rdz. 701; LAG Bremen AP Nr. 1 zu § 6 UrlaubsG Bremen). Hiergegen spricht, daß das Gesetz in Art. 7 Abs. 1 Satz 3 die erfolglose Geltendmachung des Urlaubsanspruchs behandelt und als Voraussetzung für eine Übertragung des Urlaubsanspruchs auf das nächste Urlaubsjahr aufstellt; angesichts dieser Regelung hätte es nahegelegen, auch die Abgeltung des Urlaubs für das Jahr, in dem das Arbeitsverhältnis endet, von einer erfolglosen Geltendmachung abhängig zu machen, wenn der Gesetzgeber diese Regelung gewollt hätte; ein solcher Wille ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen.

Der Wortlaut des Gesetzes ergibt demnach nichts für die Auffassung der Revision. Auch der Zweck des Gesetzes

gebetet es nicht, ihr zu folgen. Zwar schränkt das Gesetz die Möglichkeit der Abgeltung erkennbar deshalb ein, damit gewährleistet wird, daß der Arbeitnehmer die Freizeit zur Erholung und zur Erhaltung seiner Arbeitskraft benutzt. Es wird aber jedenfalls kein Interesse des Arbeitgebers an dieser Erhaltung der Arbeitskraft für die Zukunft verletzt, wenn wie hier das Beschäftigungsverhältnis vor Ablauf des Urlaubsjahres endet. Deshalb ist nicht einzusehen, daß er in einem solchen Falle von jeder Pflicht zur Urlaubsgewährung, auch in Gestalt der im Gesetz vorgesehenen Abgeltung, frei werden soll.

2) Zu Erwägen wäre allenfalls, ob der Anspruch auf Urlaubsabgeltung wegen unzulässiger Rechtsausübung nach § 242 BGB zu versagen wäre, wenn etwa der Arbeitgeber den Urlaub in der Kündigungsfrist ausdrücklich angeboten, der Arbeitnehmer es aber abgelehnt hat, ihn zu nehmen.

Aus dem Vortrag der Beklagten in den Tatsacheninstanzen geht nicht hervor, daß das im vorliegenden Fall geschehen wäre. Die insoweit von der Revision erhobenen, auf § 286 ZPO gestützten Verfahrensrügen greifen nicht durch.

Die Behauptungen in den Schriftsätzen vom 18. Januar 1958 und 26. Mai 1959, auf welche die Revision verweist, beziehen sich auf den Urlaub für frühere Jahre, nicht auf den Urlaub für das Jahr 1957; ein Anspruch für das Jahr 1957 stand, als die genannten Schriftsätze eingereicht wurden, noch gar nicht zur Erörterung; er ist erstmals im Schriftsatz vom 8. März 1960 geltend gemacht worden.

Allenfalls könnte sich das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 5. April 1960 auf die Urlaubsabgeltung für das Jahr 1957 mitbeziehen. Dort hat die Beklagte die Parteivernehmung des Liquidators S. [REDACTED] darüber beantragt, daß er den Kläger wiederholt aufgefordert habe, den Urlaub, auch soweit er für zurückliegende Zeit etwa noch offen sei, zu nehmen. Dieser Vortrag ist jedoch zu dürftig und zu unbestimmt, als daß ihm entnommen werden könnte, die Beklagte habe im Jahre 1957, insbesondere innerhalb der Kündigungsfrist, den Kläger zum Antritt des Urlaubs aufgefordert und der Kläger habe das abgelehnt. Jedenfalls hat aber die Beklagte, die die Tatsachen beweisen müßte, aus denen eine unzulässige Rechtsausübung seitens des Klägers gefolgert werden könnte, keinen gehörigen Beweis angetreten. Sie hätte die Vernehmung des Klägers (§ 445 ZPO) und nicht die ihres Liquidators beantragen müssen. Daß eine Vernehmung nach § 448 ZPO unterblieben ist, gibt in der Regel keinen Grund zu einer Revisionsrüge (BGH LM Nr. 2 zu § 448 ZPO).

II.

1) Das Berufungsgericht stellt fest, daß dem Kläger spätestens vom Jahre 1939 an Sonderleistungen zugesagt und in runden Summen gewährt worden sind, die etwa 4 % des jährlichen Reingewinns der Beklagten ausmachten; die genaue Summe sei jeweils von dem Gesellschafter Friedrich Braun festgelegt worden. Kraft dieser Zusage und jahrelangen Gewährung habe der Kläger einen Rechtsanspruch auf Gewinnbeteiligung in Höhe von rund 4 % des Jahresgewinns erworben, sofern nicht ausnahmsweise nur ein ganz geringer Gewinn von der Beklagten erzielt worden sei. Die Gewinnanteile seien ihm bis zur Währungsreform laufend auf seinem Konto gutgeschrieben worden.

Nach der Währungsreform seien Gutschriften allerdings nicht mehr vorgenommen worden, und der Kläger sei auch bis zum Tode des Gesellschafters Friedrich B. (1954) nicht mehr an diesen wegen der Gewinnbeteiligung herangetreten. Jedoch könne daraus nicht geschlossen werden, daß der dem Kläger infolge der früheren Zusage und ihrer jahrelangen Erfüllung zustehende Anspruch auf einen Gewinnanteil für die Zeit nach der Währungsreform abbedungen worden sei. Erklärungen in dieser Richtung hätten weder der Kläger noch die Beklagte abgegeben. Bei den erheblichen Gewinnen in der ersten Zeit nach der Währungsreform würde die Beklagte auch nicht berechtigt gewesen sein, die Gewinnbeteiligung aufzukündigen. Der Gesellschafter Friedrich B. habe auch noch im Jahre 1952 gegenüber dem Zeugen Kind bestätigt, daß dem Kläger aus jahrelanger Gewohnheit eine Gewinnbeteiligung zustehe. Ferner habe der Gesellschafter Gustav B. den Anspruch des Klägers auf Gewinnbeteiligung als berechtigt anerkannt und sich bis zu seinem Tode (1958) dafür eingesetzt, daß die Gewinnanteile auch für die Zeit nach der Währungsreform dem Kläger ausgezahlt würden.

2) Die Entscheidung des Berufungsgerichts, daß der Kläger nach den mit der Beklagten getroffenen Vereinbarungen einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung erworben und auch für die Zeit nach der Währungsreform behalten hat, beruht auf einer eingehenden Würdigung der Erklärungen und des Verhaltens der Parteien unter Berücksichtigung aller im Rechtsstreit vorgetragenen Umstände und des Ergebnisses der Beweisaufnahme. Rechtlich erhebliche Einwendungen gegen diese Würdigung kann die Beklagte nicht vorbringen. Sie will nur die vom Berufungsgericht behandelten Umstände anders gewürdigt wissen, als das

Gericht es getan hat; damit kann sie im Revisionsverfahren nicht gehört werden. Die Würdigung des Berufungsgerichts ist auch nicht unvollständig; alle Umstände, auf welche die Revision unter II 1, 2, 3 der schriftlichen Begründung hinweist, sind im Berufungsurteil berücksichtigt.

III.

Soweit sich die Revision mit der Verjährungseinrede befaßt, sind ihre Angriffe zum Teil berechtigt.

1) Das gilt allerdings nicht für die Gewinnbeteiligungsansprüche.

Sie verjähren nach § 196 Abs. 1 Nr. 8 BGB in 2 Jahren (RG JW 1918, 550; RAG 14, 20, 25; BAG AP Nr. 9 zu § 59 HGB).

a) Da die Klage im April 1957 erhoben ist, sind jedenfalls die für die Jahre 1955 und 1956 zuerkannten Ansprüche auf Beteiligung am Gewinn dieser Jahre noch nicht verjährt.

b) Das Berufungsgericht gibt jedoch der Verjährungseinrede auch hinsichtlich der die Jahre 1948/49, 1950 und 1951 betreffenden Ansprüche nicht statt.

Es führt dazu aus: Die Höhe des dem Kläger jeweils zustehenden Gewinnanteils habe nicht zahlenmäßig festgelegt, sondern sei von einer Festsetzung durch den Arbeitgeber abhängig gewesen. Wenn eine Entschließung oder Maßnahme des Arbeitgebers erforderlich sei, um den Umfang des Anspruchs näher zu bestimmen, entstehe der Anspruch erst, wenn der Arbeitgeber die Maßnahme treffe, und beginne auch nicht eher zu verjähren (vgl. § 198 S. 1 BGB).

- 10 -

Hierin folgt das Oberlandesgericht der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts (ArbRSlg 12, 260; RAG 14, 20, 27). Die Revision meint, auf den vorliegenden Fall seien die vom Reichsarbeitsgericht entwickelten Grundsätze nicht anwendbar. Denn der Kläger beanspruche einen festen Prozentsatz des jeweiligen Jahresgewinns; zur Ermittlung der Höhe des Anspruchs sei irgendeine Festsetzung nach den Angaben des Klägers nicht erforderlich gewesen.

Dem ist entgegenzuhalten: Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt der Vereinbarung wurden nicht genau 4 % des Jahresgewinns geschuldet, sondern eine vom Arbeitgeber jeweils festzusetzende runde Summe, die sich nur "ganz roh" an 4 % vom Gewinn anlehnte. Außerdem blieb ein Spielraum für die Festsetzung durch die Beklagte insofern, als sie bei geringem Jahresgewinn von der Auszahlung eines Gewinnanteils ganz absehen durfte. Schließlich hat der Kläger nach der Feststellung des Berufungsgerichts keinen Einblick in die Gewinn- und Verlustrechnungen erhalten, so daß er nicht von sich aus die Höhe seines Gewinnanteils ermitteln konnte, sondern auch insoweit auf die Beklagte angewiesen war. Bei dieser Sachlage hält der erkennende Senat es mit dem Berufungsgericht für gerechtfertigt, den Beginn der Verjährung von der der Beklagten obliegenden Festsetzung der Höhe abhängig zu machen.

Es ist auch zu billigen, daß das Berufungsgericht dem Kläger Zinsen für die Gewinnbeteiligung zugebilligt hat. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde die Gewinnbeteiligung jeweils in dem auf das zu entgeltende Jahr folgenden Jahre nach Fertigstellung der

Bilanz festgesetzt und dann von dem darauf folgenden 1. Januar an verzinst; auf diese Verzinsung hatte der Kläger nach dem Vertrage einen Anspruch (vgl. S. 40 BU). Da die Beklagte die Festsetzung unterlassen hat und diese erst vom Gericht vorgenommen wird, entstehen auch erst damit die Zinsansprüche, wenn auch mit Wirkung auf den Zeitpunkt, von dem an die Zinsen dem Kläger nach dem Vertrage gebührten. Es handelt sich demgemäß nicht um Zinsen, die bei Klagerhebung rückständig waren, sodaß § 197 BGB nicht anwendbar ist.

2) Für den Anspruch auf die Sondervergütung von 2.000 DM, die im Jahre 1952 zugesagt worden ist, ist die Verjährungsfrist am 31. Dezember 1954 abgelaufen (§§ 196 Abs. 1 Nr. 8, 198 Satz 1, 201 Satz 1 BGB).

Das Berufungsgericht meint jedoch, die Beklagte könne sich auf die Verjährung nach § 242 BGB nicht berufen, weil die Parteien in Verhandlungen über den Anspruch auf die Sondervergütung gestanden hätten. Das gelte für die Dauer der Verhandlungen und auch noch für einen kurzen Zeitraum nach ihrem Abbruch. Die Klageerhebung vom April 1957 könne danach noch nicht als verspätet angesehen werden, zumal ein klarer Zeitpunkt des Abbruchs der Verhandlungen nicht vorgetragen sei.

Diese Begründung ist unzureichend. Es ist Sache des Klägers darzulegen, weshalb die Geltendmachung der Verjährungseinrede gegen Treu und Glauben verstoßen soll. Weder aus dem Tatbestand des Berufungsurteils noch aus den Schriftsätzen des Klägers ergeben sich hinreichend genaue Angaben darüber, wie lange die Verhandlungen andauert haben. Es fehlen auch Angaben darüber, ob der

Kläger die Verhandlungen mit dem Liquidator S [REDACTED] geführt hat, der seit seiner Bestellung, wie das Berufungsgericht rechtlich zutreffend annimmt, auf Seiten der Beklagten für die Verhandlungen zuständig war.

Jedoch kann deshalb der Anspruch des Klägers auf die Sondervergütung nicht schon jetzt als verjährt abgewiesen werden. Es bedarf noch weiterer Aufklärung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht. Nach dem Inhalt des Berufungsurteils muß jedenfalls unterstellt werden, daß auch nach der Bestellung des Liquidators noch Verhandlungen über den Anspruch auf die 2.000 DM Sondervergütung geschwebt haben; dies deswegen, weil nach der Feststellung des Berufungsgerichts der Gesellschafter Gustav B [REDACTED] sich seit August 1954 "durchgehend bis zu seinem Tode" (im Jahre 1958) für den Anspruch des Klägers eingesetzt hat (S. 34 BU). Andererseits geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Verhandlungen zu irgendeinem Zeitpunkt vor der Klageerhebung abgebrochen worden sind (S. 35 BU). Diesen Zeitpunkt durfte das Berufungsgericht nicht im Unklaren lassen: es hätte den Kläger auffordern müssen, sein Vorbringen über die Dauer der Verhandlungen zu ergänzen (§ 139 ZPO).

Hinsichtlich des Postens von 2.000 DM muß die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Sollte der Kläger bei der neuen Verhandlung nicht nachweisen können, daß er innerhalb einer kurzen Frist nach Abbruch der Verhandlungen Klage erhoben hat, so muß dieser Anspruch als verjährt abgewiesen werden.

3) Nach dem Berufungsurteil hat die Beklagte den Anspruch auf Zahlung von 935,10 DM (Guthaben aus der Zeit

vor der Währungsreform) als bestehend anerkannt und darauf (in erster Linie) die am 25. August 1954 von ihr gezahlten 5.000 DM verrechnet. Deshalb hat das Berufungsgericht nur noch Zinsen von den 935,10 DM für die Zeit vom 21. Juni 1948 bis zum 24. August 1954 zugesprochen.

Diese Zinsansprüche verjähren nach § 197 BGB in 4 Jahren. Für einen Teil von ihnen war demnach die Verjährungsfrist abgelaufen, als die Klage erhoben wurde. Jedoch könnte auch insoweit unter Umständen die Verjährungseinrede nach § 242 BGB mit Rücksicht auf die im August 1954 begonnenen Verhandlungen der Parteien keinen Erfolg haben (vgl. oben unter 2). Ein geringer Teil der Zinsansprüche war allerdings schon verjährt, ehe die Verhandlungen im August 1954 aufgenommen wurden.

IV.

Die Beklagte beruft sich schließlich auf Verwirkung.

Für diesen Einwand kann der Zeitraum seit August 1954 außer Betracht bleiben. Denn damals ist der Kläger mit seinen Ansprüchen hervorgetreten, die Beklagte hatte sich auf Verhandlungen darüber eingelassen und dem Kläger sogar, wenn auch unter Vorbehalt, im August 1954 5.000 DM im Hinblick auf die von ihm geltend gemachten Ansprüche gezahlt.

Allenfalls könnte demnach der Kläger die Ansprüche durch sein Verhalten in der Zeit bis zum August 1954 verwirkt haben.

Das wird vom Berufungsgericht verneint. Es geht zutreffend davon aus, daß der Verwirkungseinwand erhoben

werden kann, wenn der Gläubiger sich so verhalten hat, daß der Schuldner annehmen durfte und mußte, der Gläubiger werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen, und wenn der Schuldner sich hierauf einrichten durfte und eingerichtet hat und ihm deshalb die Leistung nicht mehr zuzumuten ist.

Das Berufungsgericht würdigt nach diesem Maßstab das Verhalten der Parteien unter Berücksichtigung aller erheblichen Umstände und gelangt zu dem Ergebnis, daß die Voraussetzungen für eine Verwirkung nicht gegeben seien. Der erkennende Senat tritt dieser Würdigung bei.

Rechtlich unangreifbar stellt das Berufungsgericht fest, daß das Verhalten des Klägers nach der Währungsreform dem Gesellschafter Friedrich B. keinen Anlaß geben konnte, nicht mehr mit der Geltendmachung von Gewinnbeteiligungsansprüchen zu rechnen und sich darauf einzurichten. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben überdies, daß Friedrich Braun das Verhalten des Klägers in der Tat nicht in diesem Sinne aufgefaßt und sich nicht darauf eingestellt hat, daß der Kläger keinen Gewinnanteil mehr beanspruche. Denn er hat, obschon er bis dahin dem Kläger nicht wie vor der Währungsreform Gewinnanteile gutgeschrieben hatte, im Jahre 1952 dem Zeugen K. gegenüber bestätigt, daß dem Kläger aus jahrelanger Gewohnheit eine Gewinnbeteiligung zustehe. Bei dieser Sachlage spricht nichts dafür, daß er sich darauf eingerichtet hat, der Kläger werde von der Geltendmachung des Anspruchs absehen. Schon daran scheitert der Verwirkungseinwand.

• Zu den die Verwirkung betreffenden Revisionsrügen ist zu bemerken:

1) Ohne Erfolg beruft sich die Revision auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in LM Nr. 5 zu § 282 ZPO. Dort ist ausgeführt, dem Schuldner obliege die Behauptungs- und Beweislast dafür, daß der Gläubiger längere Zeit mit der Geltendmachung des Anspruchs zugewartet habe; demgegenüber müsse aber dann der Gläubiger substantiiert bestreiten und darlegen, wenn und gegebenenfalls unter welchen Umständen er die Forderung in der zurückliegenden Zeit geltend gemacht habe.

Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich des Zeitablaufs spielen im vorliegenden Falle keine Rolle. Es ist unstreitig, daß der Kläger seine Ansprüche bis zum Jahre 1954 nicht geltend gemacht hat. Der Zeitablauf allein reicht aber für eine Verwirkung nicht aus. Hier scheitert der Verwirkungseinwand daran, daß weitere, neben dem Zeitablauf notwendige Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

2) Daß der Kläger vor der Währungsreform aufgefordert worden ist, sein Guthaben bei der Beklagten abzuheben, hat das Berufungsgericht nicht übersehen. Es erörtert diesen Umstand (S. 28, 37 BU), wenn auch nicht gerade innerhalb der die Verwirkung betreffenden Ausführungen. Es ist aber auch nicht ersichtlich, inwiefern dieser Umstand das Berufungsgericht dazu gezwungen hätte, die Verwirkung zu bejahen. Dasselbe gilt von der Beendigung des Kontokorrentverhältnisses.

3) Die Revision macht geltend, der Kläger hätte sich schon aus steuerlichen Gründen darum kümmern müssen, ob ihm weiter Gewinne zugeflossen waren oder zustehen konnten.

In die Einkommensteuererklärungen brauchte der Kläger keine Gewinnanteile aufzunehmen, weil er keine erhalten hat. Daß sie ihm auf dem Kontokorrent gut geschrieben worden wären, hat der Kläger dem Berufungsurteil zufolge nicht angenommen.

4) Daß der Kläger wegen seines Gewinnanteils für die Zeit nach der Währungsreform an Friedrich B. bis zu dessen Tode nicht herangetreten ist, ist unstreitig und vom Berufungsgericht ersichtlich auch bei der Beurteilung des Verwirkungseinwands berücksichtigt worden. Denn es leitet seine Ausführungen über die Verwirkung mit einer Wertung des "zurückhaltenden Verhaltens" des Klägers ein (S. 30 BU). Die Bekundung des Zeugen Dr. B.-Fr., deren Würdigung die Revision vermißt, besagt nicht mehr, als daß der Kläger sich gescheut hat, an Friedrich Braun heranzutreten; das entnimmt das Berufungsgericht aber ohnehin aus dem gesamten Verhalten des Klägers.

Gleichwohl ist der Schluß des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, daß Friedrich B. das Verhalten des Klägers nicht dahin aufgefaßt hat, dieser werde für die Zeit nach der Währungsreform Ansprüche auf Gewinnbeteiligung nicht mehr erheben. Dieser Schluß findet eine genügende Stütze schon in der Feststellung des Berufungsgerichts, daß Friedrich B. nach der Aussage des Zeugen H. im Jahre 1952 erklärt hat, dem Kläger stünden solche Ansprüche zu.

V.

Nach allem ist das angefochtene Urteil nur insoweit aufzuheben, als es sich um die Sondervergütung von 2.000 DM nebst Zinsen (§ 224 BGB) und um die Zinsen aus dem Betrag

von 935,10 DM handelt. Da insoweit noch tatsächliche Feststellungen zu treffen sind, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen; der Senat hat davon abgesehen, über den geringen Teil des Anspruchs auf Zinsen von 935,10 DM, der schon bei Beginn der Verhandlungen im Jahre 1954 verjährt war (vgl. oben unter III 3), abschließend zu erkennen, da es zweckmäßig erscheint, daß über die Zinsen aus dem Betrage von 935,10 DM einheitlich entschieden wird.

Glanzmann

Dr. Winkelmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer