

Für das Nachschlagewerk!

Für die Amtliche Sammlung!

1. Gesetz: ZPO § 274 Abs 1 Ziff 7

1. Rechtssatz: Eine Partei, deren Parteifähigkeit im Streite steht, ist zur Erledigung dieses Streites auf jeden Fall noch parteifähig. Ein Gleiches gilt in dem Fall, dass der gegen eine nicht-existente Partei geführte Rechtsstreit erledigt wird.

2. Gesetz: BGB §§ 293, 615

2. Rechtssatz: Ist der Dienstberechtigte wegen eines in seinem Bereich liegenden Unvermögens nicht in der Lage, die ihm angebotene Dienstleistung entgegenzunehmen, so schliesst dies seinen Annahmeverzug nicht aus. Anders ist es, wenn das Hindernis nicht nur in der Person des Gläubigers, sondern allgemein nicht behebbar ist (es handelte sich um die Dienstleistung eines freiberuflich Tätigen).

Aktenzeichen: VII ZR 280/56 .

Urteil des BGH vom 11. April 1957

KG Berlin

LG Berlin

VII ZR 280/56

Verkündet am 11. April 1957
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der offenen Handelsgesellschaft in Firma L. H. [REDACTED] i.L.,
B. [REDACTED], H. [REDACTED] str. [REDACTED], vertreten durch den Be-
klagten zu 3.,
2. der Frau Käte F. [REDACTED] geborene K. [REDACTED], B. [REDACTED],
K. [REDACTED] - L. [REDACTED] - Str. [REDACTED],
3. des Kaufmanns Dr. Ulrich K. [REDACTED], B. [REDACTED], H. [REDACTED]-
strasse [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionskläger,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Dr. Ing. Hermann H. [REDACTED], B. [REDACTED], P. [REDACTED] allee [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 7. März 1957 unter Mitwirkung des Se-
natspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Scheffler,
Rietschel, Erbel und H. Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten wird das den Par-
teien am 8. Februar 1956 an Verkündungs Statt zugestell-
te Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts inso-
weit, als die Beklagte zu 1.) verurteilt worden ist, und
teilweise im Kostenpunkt aufgehoben.

Das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts in Berlin
vom 1. März 1955 wird dahin abgeändert, dass die gegen

~~das Urteil~~

- 2 -

die Beklagte zu 1.) gerichtete Klage in vollem Umfang als unzulässig abgewiesen wird. Die Gerichtskosten des ersten Rechtszugs fallen dem Kläger zu 1/3, den Beklagten zu 2.) und 3.) zu 2/3 zur Last. Von den aussergerichtlichen Kosten haben der Kläger die der Beklagten zu 1.) voll und 1/3 der eigenen, die Beklagten zu 2.) und 3.) die eigenen und 2/3 der dem Kläger erwachsenen Kosten zu tragen.

Im Übrigen wird die Revision der Beklagten zu 2.) und 3.) zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten der beiden Rechtsmittelzüge werden dem Kläger zu 5/27, den Beklagten zu 2.) und 3.) zu 22/27 auferlegt. Von den aussergerichtlichen Kosten haben der Kläger die der Beklagten zu 1.) voll und 5/27 der eigenen, die Beklagten zu 2.) und 3.) die eigenen und 22/27 der dem Kläger erwachsenen Kosten zu tragen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos (mobile App)
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



Tatbestand:

Der Kläger betrieb in Berlin ein Geschäft für wissenschaftliche, technische und medizinische Laborausrüstungen. Nach Kriegsende übernahm seine Ehefrau das Geschäft. Durch Vertrag vom 14. Juni 1948 zwischen der Ehefrau des Klägers, dem Kaufmann Gustav K. - Vater und Erblasser der Beklagten Käthe F. und Dr. Ulrich K. - und Frau Else M. wurde das Einzelhandelsgeschäft durch Aufnahme von Gustav K. und Frau M. in eine offene Handelsgesellschaft, die Beklagte zu 1.), umgewandelt.

In dem Gesellschaftsvertrag wurde vereinbart, dass Gustav K. und die Ehefrau des Klägers je allein vertretungsberechtigt sein sollten (§ 4); ferner dass mit Ablauf des Jahres 1951 Frau M. und mit Ablauf des Jahres 1953 die Ehefrau des Klägers ausscheiden und der verbleibende Gesellschafter berechtigt sein sollte, das Unternehmen ohne Liquidation weiterzuführen (§ 7). Weiterhin wurde in dem Vertrag bestimmt, dass Gustav K. berechtigt sein sollte, an seine Stelle jederzeit seinen Sohn, den Beklagten Dr. Ulrich K., treten zu lassen (§ 6). Auch sollte im Falle seines Todes sein Sohn an seine Stelle treten (§ 8).

Wie in § 10 des Gesellschaftsvertrags vorgesehen, kamen noch folgende Verträge zustande: Zunächst vereinbarte Gustav K. im Namen der beklagten Gesellschaft mit dem Kläger schriftlich, dass der Kläger die Gesellschaft gegen ein Honorar von 2 % des Umsatzes, mindestens 300,- DM monatlich, in der Zeit vom 1. Juli 1948 bis 31. Dezember 1953 auf freiberuflicher Grundlage beraten sollte. Am 23. August 1948 verpflichtete sich Gustav K. durch notariellen Vertrag mit dem Kläger und seiner Ehefrau, diesen ab 1. Januar 1954 bis zum Tode des Längerlebenden eine monatliche Leibrente von 300,- DM zu zahlen.

Am 18. April 1950 vereinbarte Gustav K. mit seiner Tochter Käte F. und seinem Schwiegersohn Carlos F. die "Abtretung" seines Gesellschaftsanteils an diese beiden. In dieser Vereinbarung wird bemerkt, dass Gustav K. zwar nur berechtigt sei, jederzeit seinen Sohn an seine Stelle treten zu lassen; da dieser aber noch in Kriegsgefangenschaft und er selbst schwer krank sei, übertrage er seinen Anteil nunmehr seiner Tochter und deren Ehemann. Von dieser Vereinbarung unterrichtete der Anwalt Gustav K. die Ehefrau des Klägers und Frau M. mit Schreiben vom 18. April 1950, in dem es u.a. heisst:

"Da die Abtretung des Gesellschaftsanteils in das Handelsregister zur Eintragung anzumelden ist, bitte ich Sie, sich in den nächsten Tagen nach vorheriger telefonischer Vereinbarung mit meinem Büro zu mir zu bemühen, um vor einem Notar das erfolgte Ausscheiden des Herrn Gustav K. zu bestätigen."

Die Bestätigung vor einem Notar und eine entsprechende Eintragung im Handelsregister unterblieben jedoch.

Am 16. Juni 1950 schlossen der Kläger, seine Ehefrau, Gustav K. und Carlos F., der zugleich im Namen seiner Ehefrau, der Beklagten Käte F., auftrat, einen weiteren schriftlichen Vertrag. In diesem Vertrag verzichteten der Kläger und seine Ehefrau gegenüber Gustav K. auf ihr Recht aus dem notariellen Vertrag vom 23. August 1948; die Verpflichtung des Gustav K. zur Zahlung der Leibrente wurde von der Gesellschaft übernommen. Falls die Gesellschafterin M. ihre Zustimmung hierzu verweigere, sollte die Haftung des Gustav K. bis zu dem Ausscheiden dieser Gesellschafterin am Jahresende 1951 bestehen bleiben. In dem Vertrag ist folgende Erklärung enthalten:

"Vorweg erklärt Herr Carlos F. [REDACTED] dass er heute auch in Vollmacht seiner Ehefrau ... erscheine und berechtigt sei, in deren Vollmacht die erforderlichen Erklärungen abzugeben. Frau Käte F. [REDACTED] wird nachfolgenden Vertrag mit ihrer Unterschrift bestätigen.

.....
Der Erschienene (Carlos F. [REDACTED]) erklärt in Vollmacht seiner Ehefrau, dass sie auf Grund des Vertrags vom 18. April 1950 Besitzer der Geschäftsanteile des Erschienenen (Gustav K. [REDACTED]) geworden sind und dass sie der vorstehenden Erklärung zustimmt.

Der Erschienene (Carlos F. [REDACTED]) erklärt, auch im Namen seiner Ehefrau als Mitgesellschafterin, dass eine Liquidation der Firma H. [REDACTED] nur im Falle wirtschaftlicher Notwendigkeit in Frage kommt."

Die hiernach vorgesehene schriftliche Bestätigung dieses Vertrags durch die Beklagte Käte F. [REDACTED] unterblieb.

Nach der Gründung hatte die Gesellschaft zunächst einen wirtschaftlichen Aufschwung genommen. Sie führte insbesondere Glaswaren aus Thüringen ein und vertrieb sie in Westberlin und in Westdeutschland. Infolge wirtschaftlicher Sperrmassnahmen konnte sie in der Folgezeit jedoch nicht mehr genügend Waren beziehen; schliesslich unterblieb die Lieferung von Glaswaren aus Thüringen ganz. Der Umsatz ging infolgedessen beträchtlich zurück.

Im Januar 1952 starb Gustav K. [REDACTED]. Im Laufe des Jahres 1952 stellte die Gesellschaft den Geschäftsbetrieb ein. Geld- oder Sachvermögen sind nicht mehr vorhanden.

Bereits mit Schreiben vom 19. November 1950 hatte die Gesellschaft den mit dem Kläger geschlossenen Beratungsvertrag mit der Begründung gekündigt, dass die "neuen Verhältnisse" zu einer "fast totalen Einschränkung der geschäftlichen Möglichkeiten" geführt hätten. Der Kläger hatte der Kündigung widersprochen und erklärt, er sei zur weiteren Beratung bereit.

In der Folgezeit hat der Kläger vor dem Amtsgericht Schöneberg sein Honorar für Januar 1951 und vor dem Landgericht Berlin sein Honorar von Februar 1951 bis Januar 1952 mit Erfolg eingeklagt.

Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger die Ansprüche auf Honorar für die Zeit vom 1. Februar 1952 bis 31. Dezember 1953 in Höhe von 6 900,- DM, abzüglich in der Zeit von April bis Mai und ab Juli 1953 für Beratungstätigkeit in der Türkei und Holland verdienter 2 400,- DM, sowie auf Gewährung der Leibrente von monatlich 300,- DM für die Zeit von Januar bis Dezember 1954 geltend. Er hat beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 8 100,- DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie haben vorgetragen, die Beklagte Gesellschaft existiere nicht mehr; die Beklagten Käte F. [REDACTED] und Dr. Ulrich K. [REDACTED] seien nicht passiv legitimiert. Ausserdem sei der Anspruch des Klägers auch sachlich nicht gerechtfertigt, denn wegen der nicht vorauszusehenden ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklung sei der Beratungsvertrag mit Recht aus wichtigem Grunde gekündigt worden; ebenso sei auch die Geschäftsgrundlage für diesen Vertrag entfallen. Ein Gleiches gelte für den Leibrentenvertrag.

Das Landgericht hat der Klage wegen des Honoraranspruchs gegen sämtliche Beklagten und wegen des Leibrentenanspruchs gegen die Beklagte Käte F. [REDACTED] und Dr. Ulrich K. [REDACTED] stattgegeben und hat nur die gegen die Gesellschaft gerichtete Klage wegen des Leibrentenanspruchs abgewiesen.

Das Kammergericht hat die Berufung der Beklagten mit

der Massgabe zurückgewiesen, dass für den Honoraranspruch von 4 500,- DM als Gesamtschuldner nur die Beklagten Käte F[REDACTED] und Dr. Ulrich K[REDACTED] hafteten und dass die Leibrente an den Kläger und seine Ehefrau zu zahlen sei.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die beklagte Gesellschaft noch als Liquidationsgesellschaft bestehe und daher parteifähig sei. Auch bei Fehlen jeden Aktivvermögens müssten die bei der Auflösung vorhandenen Gesellschafter noch die Kontenausgleichung vornehmen; solange aber noch Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern bestünden, sei Vollbeendigung der offenen Handelsgesellschaft nicht eingetreten.

Die hiergegen gerichtete Rüge der Revision ist begründet. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Gesellschaft, aus der gemäss dem Vertrag vom 14. Juni 1948 Frau M[REDACTED] mit Ende 1951, Frau H[REDACTED] mit Ende 1953 ausgeschieden sind, schon im Laufe des Jahres 1952 ihren Geschäftsbetrieb eingestellt. Ein Geld- oder Sachvermögen ist nicht mehr vorhanden. Der Feststellung des Berufungsgerichts in Verbindung mit der gleichen Feststellung des Landgerichts ist zu entnehmen, dass dies auch schon bei der Klageerhebung im Dezember 1954 der Fall war. Fehlt es aber an jeglichem Aktivvermögen, so ist eine Liquidation oder eine andere Art der Auseinandersetzung nicht mehr möglich. Da nach

aussen hin die Gesellschafter jedem Gläubiger für den vollen Betrag haften (§ 128 HGB), ist in Ansehung etwaiger noch vorhandener Schulden eine Auseinandersetzung nicht erforderlich (RGZ 40, 29 317). Der Hinweis des Berufungsgerichts auf die etwaige Notwendigkeit eines Kontenausgleichs vermag die Annahme, dass noch eine Liquidationsgesellschaft bestehe, nicht zu rechtfertigen. Denn hierfür ist eine Liquidation nicht nötig (Schlegelberger HGB 3. Aufl Anm 27 zu § 145 - vom Kammergericht zu Unrecht für seine gegenteilige Meinung zitiert -).

Die Vollbeendigung der Gesellschaft war somit schon bei Klageerhebung eingetreten und die Gesellschaft infolgedessen in diesem Zeitpunkt nicht mehr vorhanden.

Das kann freilich nicht dazu führen, die Revision der Beklagten zu 1.) als unzulässig zu verwerfen. Eine Partei, deren Parteifähigkeit im Streite steht, ist zur Erledigung dieses Streites auf jeden Fall noch parteifähig. Deshalb darf das von ihr eingelegte Rechtsmittel, auch wenn ihre Parteifähigkeit zu verneinen ist, nicht als unzulässig verworfen werden. Vielmehr muss die Klage als unzulässig abgewiesen werden (RGZ 29, 408 4107; 134, 94; Rosenberg ZPO 7. Aufl § 42 III 4). Ein Gleiches gilt für den Fall, dass der gegen eine nichtexistente Partei geführte Rechtsstreit erledigt wird (vgl RGZ 155, 42 497; RGZ 157, 369 3727; OLG Stuttgart (für die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage) in JW 1936, 1145; Rosenberg 7. Aufl § 40 V).

Ist die Klage gegen die Beklagte zu 1.) schon aus diesem Grunde als unzulässig abzuweisen, so kann es auf sich beruhen, ob die Gesellschaft in dem Rechtsstreit, soweit er ihre Existenz zum Gegenstand hat, auch durch den Beklagten Dr. Ulrich K. richtig vertreten ist.

II.

Der Beratungsvertrag.

Durch die Vollbeendigung der Gesellschaft entfällt noch nicht die Haftung der früheren Gesellschafter oder deren Rechtsnachfolger für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Das Berufungsgericht hat die Haftung der beiden Beklagten Käte F [REDACTED] und Dr. Ulrich K [REDACTED] bejaht. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet.

1) Die Beklagten bestreiten nicht, dass der Beratungsvertrag der Gesellschaft mit dem Kläger rechtswirksam zustande gekommen ist. Sie sind jedoch der Auffassung, dass ihre Verpflichtung hieraus schon deshalb erloschen sei, weil der Vertrag im November 1950 gekündigt worden und die Geschäftsgrundlage für den Vertrag entfallen sei.

a) Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die Kündigung überhaupt rechtswirksam erklärt worden ist, offen gelassen, da ein wichtiger Grund zur Kündigung (§ 626 BGB) nicht vorgelegen habe. Zur Annahme eines wichtigen Grundes genüge noch nicht der schlechte Geschäftsgang des Unternehmens, selbst nicht die Aufgabe des Betriebs. Gerade darauf beriefen sich aber die Beklagten. Die Gesellschaft habe die Verpflichtungen aus dem Beratungsvertrag zu einem Zeitpunkt übernommen, als die wirtschaftlichen Aussichten noch völlig ungewiss gewesen seien. Bei Abschluss des Vertrags im Jahre 1948 sei die wirtschaftliche und politische Entwicklung in den Besatzungszonen Deutschlands so verschieden verlaufen, dass jeder Geschäftsmann mit Schwierigkeiten im Interzonenhandel habe rechnen müssen. Wenn die Gesellschaft trotzdem sich für die Dauer von 5 1/2 Jahren verpflichtet und damit das Risiko einer ungünstigen Entwicklung in Kauf genommen

habe, so könne sie, wenn sie sich später in ihren Erwartungen getäuscht gesehen habe, daraus kein Recht herleiten, sich von ihren vertraglich übernommenen Verpflichtungen loszusagen. Dies gelte umso mehr, als sich das Geschäft in den ersten zwei Jahren noch günstig entwickelt habe. Die späteren Sperrmassnahmen hätten auch nicht zwingend zu einer Aufgabe des Unternehmens führen müssen. Es sei nicht hinreichend dargetan, dass der Handel mit Glaswaren aus der Sowjetzone nicht innerhalb des Frankfurter Interzonenabkommens hätte fortgesetzt werden können oder dass nicht der Ausweg bestanden habe, durch Aufnahme von Handelsbeziehungen zur Bundesrepublik das Unternehmen fortzuführen. Hinzu komme noch, dass das Honorarversprechen der Gesellschaft teilweise ein Entgelt für die Einbringung der Firma durch die Ehefrau des Klägers gewesen sei.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet. Dass die Fortsetzung des Unternehmens rechtlich unmöglich geworden sei (z.B. durch eine unverschuldete behördliche Schliessung des Betriebs), was unter Umständen zu einer anderen Betrachtung hätte führen können, haben die Beklagten selbst nicht behauptet. Ob - wie die Revision behauptet - durch die spätere wirtschaftliche und politische Entwicklung die Fortsetzung des Unternehmens tatsächlich unmöglich wurde, kann dahingestellt bleiben; auch wenn dies als richtig unterstellt würde, so würde das noch nicht genügen, um eine Kündigung aus wichtigem Grunde zu rechtfertigen, weil es noch im Rahmen des von der Gesellschaft übernommenen Risikos gelegen haben würde. Das gilt umso mehr, als der Beratungsvertrag erst nach dem Währungsstichtag abgeschlossen wurde (er ist zwar undatiert, lautet aber schon auf DM) und die an dem Vertrag Beteiligten angesichts der neu eingetretenen Verschiedenheit der Währung in den Zonen noch einen wei-

teren Grund hatten, mit künftigen wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu rechnen. Diese allein rechtfertigen es also noch nicht, einen wichtigen Grund zur Kündigung anzunehmen.

Hinzu kommt, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Ehefrau des Beklagten die Firma in die Gesellschaft eingebracht hat und dass der Honoraranspruch deshalb auch teilweise als Entgelt hierfür anzusehen ist.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhang, das Berufungsgericht habe die Behauptung der Beklagten, die Ehefrau des Klägers habe bereits erhebliche Reichsmarkbeträge erhalten, zu Unrecht damit abgetan, dass diese Behauptung mangels jeglicher Bezifferung unzureichend sei. Das Berufungsgericht habe dabei verkannt, dass die Bezifferung den Beklagten nicht möglich gewesen sei, wohl aber dem Kläger; dieser hätte deshalb beziffern müssen. Damit habe das Berufungsgericht gegen § 138 Abs 1 ZPO verstossen. - Diese Rüge ist nicht begründet. Der Kläger hat nicht bestritten, dass an seine Ehefrau Zahlungen in Reichsmark geleistet worden sind; er behauptet aber, diese stünden nicht im Zusammenhang mit dem Beratungsvertrag. Es kann unter diesen Umständen von ihm nicht erwartet werden, dass er sich hierüber weiter äusserte; vielmehr war es, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, Sache der Beklagten, über Höhe und Grund dieser Zahlungen nähere Ausführungen zu machen.

b) Dem von den Beklagten erhobenen Einwand, die Geschäftsgrundlage für eine Fortsetzung des Beratungsvertrags sei entfallen, muss der Erfolg versagt werden. Denn beim Dienstvertrag ist für den Fall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage durch die Sonderregelung des § 626 BGB die Möglichkeit gegeben, aus wichtigem Grund zu kündigen. Deshalb ist daneben

für den Einwand des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in der Regel kein Raum mehr.

c) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass die Gesellschaft in Annahmeverzug geraten sei, weil sie die ihr von dem Kläger angebotenen Dienste nicht entgegengenommen habe. Dass dies eine Folge der Einstellung ihres Geschäftsbetriebs gewesen sei, ändere nichts an dem Annahmeverzug. Nach § 615 BGB behalte daher der Kläger seinen Honoraranspruch.

Dem ist zuzustimmen. Anders wäre es, wenn dem Kläger die Leistung der von ihm übernommenen Dienste unmöglich geworden wäre (§ 323 BGB). Der Kläger war jedoch in der Lage, die ihm obliegende Leistung zu erbringen; er hat sie auch angeboten. Seine Leistung ist auch nicht schon dadurch unmöglich geworden, dass die Gesellschaft nicht mehr zu der erforderlichen Mitwirkung, nämlich der Erteilung von Aufträgen an den Kläger und der Entgegennahme seiner Beratung, in der Lage war; dabei handelte es sich nur um ein subjektives Unvermögen der Gesellschaft.

Darauf, ob die beklagte Gesellschaft dieses Unvermögen verschuldet hat, kommt es nicht an, denn der Annahmeverzug setzt kein Verschulden des Gläubigers voraus. Zwar kann der Gläubiger nicht in Verzug kommen, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung unmöglich ist (vgl. § 297 BGB). Eine solche Unmöglichkeit ist aber zu verneinen, wenn der Gläubiger nur durch ein in seinem eigenen Bereich liegendes Unvermögen gehindert ist, die ^{ihm} angebotene Leistung anzunehmen. Anders liegt es bei Hindernissen, die nicht nur in der Person des Gläubigers, sondern allgemein nicht behebbar sind. Dann allerdings ist eine Unmöglichkeit der Leistung mit den Rechtsfolgen der §§ 323 ff BGB anzunehmen (RG in JW 1938, 1392; Enneccerus-Lehmann, 14. Aufl,

§ 57 II 1 b und § 147 III 1).

Dafür, dass hier ein allgemein nicht behebbares Hindernis vorgelegen hätte, dass z.B. infolge von Massnahmen von hoher Hand alle Berliner Firmen im Geschäftszweig der Beklagten zu 1.) ihren Betrieb nicht mehr hätten fortsetzen können, haben die Beklagten nichts vorgetragen. Sie haben auch nichts dafür dargetan, dass die Gesellschaft zur Erhaltung ihres Betriebs ausschliesslich auf den Bezug von Thüringer Glaswaren angewiesen und es allgemein (also auch für alle anderen Firmen ihrer Branche in Berlin) unmöglich gewesen wäre, Glaswaren oder andere Waren ihres Geschäftszweiges anderwärts, etwa aus der Bundesrepublik, zu beziehen und damit das Geschäft fortzusetzen. Dabei ist auch noch zu bemerken, dass die Gesellschaft sich nicht nur mit dem Verkauf von Glaswaren, sondern, wie ihre Firmenbezeichnung ausweist, allgemein mit wissenschaftlichen, technischen und medizinischen Laborausrüstungen befasste.

d) Das Berufungsgericht lässt die Frage, ob der Kläger sich nach § 615 Satz 2 BGB überhaupt einen anderen Verdienst auf seine Honorarforderung anrechnen lassen müsse, offen, denn die Beklagten hätten nicht substantiiert behauptet, ob und welchen weiteren Verdienst der Kläger ausser den freiwillig abgezogenen 2 400 DM gehabt habe. Das Verlangen der Beklagten, dem Kläger aufzugeben, eine Aufstellung seines Einkommens unter eidesstattlicher Versicherung ihrer Richtigkeit einzureichen, finde im Gesetz keine Stütze; die Beklagten hätten, wenn sie darauf Wert gelegt hätten, diese Auskunft höchstens im Weg einer besonderen Klage fordern können.

Die Revision tritt dieser Auffassung entgegen. Dabei verkennt sie jedoch folgendes:

Nach § 615 Satz 2 BGB ist der Dienstverpflichtete gegenüber dem Dienstberechtigten nur verpflichtet, sich das anrechnen zu lassen, was er "infolge des Unterbleibens der Dienstleistung" durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt. Das Gesetz stellt also ausdrücklich auf den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Nichtannahme der Dienste und dem anderweitigen Erwerb ab. In dem Beratungsvertrag ist nun dem Kläger ausdrücklich das Recht eingeräumt worden, noch anderweitig tätig zu sein, sofern er damit nicht mit seinen Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft in Konflikt kam. Daraus folgt, dass eine Anrechnung des Erwerbs aus dieser neben der Beratung der Gesellschaft zulässigen Tätigkeit nicht vorgesehen war. Es konnte sich deshalb für diese Tätigkeit auch dann nichts anderes ergeben, wenn die Dienste des Klägers von der Gesellschaft nicht mehr angenommen wurden. Eine Anrechnung des anderweitigen Verdienstes könnte also, wenn überhaupt, nur für den Erwerb aus einer Tätigkeit in Betracht kommen, die der Kläger nur deshalb ausüben konnte, weil er infolge Nichtannahme seiner Dienste durch die Gesellschaft hierfür freigeworden ist. Es kommt somit nicht darauf an, ob der Kläger noch irgendwelchen anderweitigen Verdienst gehabt hat (was er selbst nicht bestreitet), sondern darauf, ob dieser Verdienst ihm erst durch das Freiwerden seiner Arbeitskraft durch den Annahmeverzug der Gesellschaft möglich gemacht worden ist. Hierzu haben die Beklagten aber keine substantiierte Behauptung aufgestellt. Der Hinweis auf das Einkommen des Klägers bei der Deutschen K [REDACTED] Gesellschaft enthält nicht die Behauptung, dass der Kläger dieses Einkommen bei weiterer Dienstleistung für die Beklagte zu 1.) nicht hätte erzielen können, ohne seine Pflichten aus dem Beratungsvertrag zu verletzen.

Den von den Beklagten gestellten Antrag, von dem Kläger eine Auskunft über seinen anderweitigen Verdienst anzufordern, hat das Berufungsgericht mit Recht nicht beachtet. Es handelt sich hier um einen unzulässigen Antrag auf Ausforschung von Tatsachen, für die die Beklagten behauptungs- und beweispflichtig sind. Inwieweit die Beklagten in einem besonderen Rechtsstreit oder im Wege der Widerklage auf Grund des Beratungsvertrags die von ihnen gewünschte Auskunft von dem Kläger hätten verlangen können, kann dahingestellt bleiben.

Ein Anspruch der Beklagten darauf, dass der Kläger seinen anderweitigen Verdienst im einzelnen darlegte, kann insbesondere nicht aus § 138 ZPO hergeleitet werden. Der Kläger hat nicht bestritten, noch anderweitigen Verdienst erzielt zu haben, ist aber der Auffassung, dass dieser Verdienst - abgesehen von den abgezogenen 2 400,- DM - nur im Rahmen des nach dem Beratungsvertrag Vorgesehenen erzielt worden ist. Darüber hinaus noch weitere Angaben zu machen, war der Kläger nicht verpflichtet. Auch der Hinweis der Revision auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 166, 242 geht fehl. Diese Entscheidung behandelt einen Fall, in dem der Kläger behauptet, der Beklagte führe einen unrichtigen Firmenzusatz. Der Kläger hätte also, wollte man ihn hierfür beweispflichtig machen, ein Fehlen von Tatumständen beweisen müssen. Wenn hier das Reichsgericht die Pflicht des Beklagten, zur Rechtfertigung einer Firmenwahl die entsprechenden Unterlagen beizubringen, bejahte, so beruhte das auf deren Wahrheits- und Erklärungspflicht nach § 138 ZPO. Es handelte sich hier also nicht um eine "Ausholung" des Beklagten, sondern lediglich um seine Pflicht, die Berechtigung seiner Firmenwahl durch die Angabe substantiierter Tatsa-

chenbehauptungen darzulegen. In dem hier zur Entscheidung stehenden Fall liegt es umgekehrt. Die Beklagten behaupteten nicht das Fehlen von Tatumständen, sondern deren Vorhandensein. Das zu substantiieren und erforderlichenfalls unter Beweis zu stellen, war aber ihre Sache, nicht die des Klägers.

2) Die Passivlegitimation der Beklagten Käte F [REDACTED] und Dr. Ulrich K [REDACTED] für die Ansprüche des Klägers aus dem Beratungsvertrag ist zu bejahen.

Die Haftung des Gustav K [REDACTED] ist durch sein Ausscheiden aus der OHG - gleichviel aus welchem Grund er ausgeschieden ist - nicht berührt worden, denn die Verpflichtungen aus dem Beratungsvertrag sind während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft begründet worden. Sie sind lediglich zum Teil später fällig geworden, doch genügt das allein noch nicht, den ausscheidenden Gesellschafter von seiner Haftung zu befreien (vgl. Schlegelberger HGB Anm 31 zu § 128 HGB).

Daraus folgt die Haftung der beiden Beklagten jedenfalls in ihrer Eigenschaft als Erben des Gustav K [REDACTED]. Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob die Gesellschafterauswechslung vom 18. April 1950 wirksam zustande gekommen ist und ob, - je nachdem -, die Beklagte Käte F [REDACTED] oder der Beklagte Dr. Ulrich K [REDACTED] auch noch nach § 128 HGB als Gesellschafter haften.

III.

Der Leibrentenvertrag.

1) Der Leibrentenvertrag vom 23. August 1948 ist rechts-

wirksam zustande gekommen. Das wird von den Beklagten auch nicht bestritten. Sie glauben jedoch, dass ebenso wie für den Beratungsvertrag auch für diesen Vertrag infolge der politischen und wirtschaftlichen Entwicklung, die die völlige Einstellung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft zur Folge hatte, die Geschäftsgrundlage und damit auch die Verpflichtung zur Zahlung der Leibrente entfallen sei. Das Berufungsgericht hat das ebenso wie für den Beratungsvertrag verneint, weil die Beteiligten mit der Möglichkeit einer ungünstigen Entwicklung hätten rechnen müssen und daher Gustav K. auch das Risiko einer solchen Entwicklung zu tragen gehabt hätte.

Das lässt - entgegen der Auffassung der Revision - keinen Irrtum erkennen. Es kann insoweit auf die Ausführungen in II 1 a und b verwiesen werden, die für den Leibrentenvertrag ebenso gelten müssen, da er unter den gleichen Voraussetzungen abgeschlossen worden ist wie der Beratungsvertrag.

Eine Anrechnung eines etwaigen anderweitigen Verdienstes ist in dem Leibrentenvertrag nicht vorgesehen und kann auch aus dem Gesetz oder den Tatumständen nicht entnommen werden.

2) Die Verpflichtung der Beklagten Käthe F. und Dr. Ulrich K. aus dem Leibrentenvertrag ist zu bejahen, da der Vertrag vom 16. Juni 1950, durch den Gustav K. aus seiner Verpflichtung aus dem Leibrentenvertrag entlassen werden sollte, nicht wirksam zustande gekommen ist.

Bei Abschluss dieses Vertrags ist zwar die Beklagte

Käte F. [REDACTED] durch ihren bevollmächtigten Ehemann Carlos F. [REDACTED] vertreten gewesen. Es ist aber ausdrücklich bestimmt worden, dass Frau Käte F. [REDACTED] den Vertrag mit ihrer Unterschrift bestätigen solle. Dieser Bestimmung kann entgegen der Auffassung der Beklagten kein anderer Sinn beigelegt werden als der, dass die Wirksamkeit des Vertrags von ihrer Unterschrift abhängig gemacht werden sollte. Andernfalls wäre dieser Satz völlig überflüssig und sinnlos. Demgegenüber kann es auf den Vortrag der Beklagten, die Beklagte Käte F. [REDACTED] habe ihren Ehemann auch zum endgültigen Abschluss des Vertrags ermächtigen wollen, nicht ankommen, denn entscheidend ist nicht, was die Beklagte Käte F. [REDACTED] vor Abschluss des Vertrags möglicherweise gewollt hat, sondern was die Beteiligten im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vereinbart haben. Dies ist aber eindeutig aus dem Inhalt des Vertrags zu entnehmen, so dass für eine andere Auslegung auf Grund von Umständen, die nicht im Vertrag festgelegt sind, kein Platz mehr ist. Dass die am Vertragsabschluss beteiligten Personen später vereinbart haben, es könne entgegen dieser Bestimmung auf die Unterschrift der Frau Käte F. [REDACTED] verzichtet werden, haben die Beklagten nicht vorgetragen.

Da die Beklagte Käte F. [REDACTED] - wie unbestritten - ihre Unterschrift nicht geleistet hat, ist der Vertrag vom 16. Juni 1950 nicht wirksam geworden. Gustav K. [REDACTED] ist also aus dem Leibrentenvertrag verpflichtet geblieben, und die Beklagten Käte F. [REDACTED] und Dr. Ulrich K. [REDACTED] haften hieraus als seine Erben.

Unter diesen Umständen kann es dahingestellt bleiben, ob die Gesellschafterauswechselung vom 18. April 1950 wirk-

sam zustande gekommen ist, da es an einer Schuldübernahme durch die Gesellschaft fehlt und es deshalb auf eine etwaige Haftung der Gesellschafter aus dem Leibrentenvertrag nicht ankommt.

IV.

Es ist somit das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als die Beklagte zu 1.) verurteilt worden ist, und unter Abänderung des Urteils des Landgerichts die gegen diese Beklagte gerichtete Klage in vollem Umfang als unzulässig abzuweisen. Im übrigen ist die Revision in der Hauptsache zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 92, 97 ZPO. Im ersten Rechtszuge wurde gegen alle drei Beklagten derselbe Anspruch geltend gemacht. Da der Kläger nur gegen zwei Beklagte durchgedrungen ist, hat er $\frac{1}{3}$ der Gerichtskosten zu tragen, $\frac{2}{3}$ sind den Beklagten zu 2.) und 3.) als Gesamtschuldner aufzuerlegen. In den beiden Rechtsmittelzügen wurden nur 4 500 DM gegen alle Beklagten geltend gemacht, das sind $\frac{5}{9}$ des gesamten Anspruchs von 8 100 DM. Insoweit hat der Kläger aus den gleichen Gründen wie in der ersten Instanz $\frac{1}{3}$, also $\frac{5}{27}$ der gesamten Gerichtskosten der beiden Rechtsmittelzüge zu tragen; die restlichen $\frac{22}{27}$ fallen den Beklagten zu 2.) und 3.) als Gesamtschuldner zur Last. Ein Gleiches ergibt sich für die aussergerichtlichen Kosten, jedoch mit der Massgabe, dass die der Beklagten zu 1.)

von dem Kläger voll zu tragen sind.

Glanzmann

Bundesrichter Scheffler
ist beurlaubt und des-
halb an der Unterzeich-
nung verhindert.

Rietschel

Glanzmann

Erbel

Meyer