

VII ZR 45/56

Verkündet am 29. April 1957
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2334 070

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hugo W. [REDACTED] in O. [REDACTED], G. [REDACTED]
[REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Fritz R. [REDACTED] in G. [REDACTED], S. [REDACTED]-
Str. [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 29. April 1957 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Scheffler,
Dr. Heimann-Trosien, Erbel und H. Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 3. Dezember 1954 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung,
auch über die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der ein Hoch- und Tiefbaugeschäft betreibt, hat sich eine Zeitlang auch mit der Ausbeutung von Kohlenschlammbecken befasst. Im Mai 1951 erzählte er dem Beklagten, der ein Handelskontor (Agenturen und Kommissionen) unterhält, es liessen sich durch die Auswertung solcher Becken gute Gewinne erzielen. Der Beklagte machte darauf den Kläger auf ein Kohlenschlammbecken bei der G. (G.) aufmerksam. Im Einverständnis mit dem Kläger verhandelte dann der Beklagte mit der G., wobei er für den Kläger auftrat. Die Verhandlungen führten zu einem Vertrag, durch den die G. dem Kläger die brennbaren Rückstände aus einem bestimmten Klärbecken für 4 DM je Tonne verkaufte.

Zwischen den Parteien des Rechtsstreits war ursprünglich vorgesehen, dass der Kläger den Kohlenschlamm durch seine Arbeiter mit seinen Geräten abbauen sollte; die Parteien waren weiter übereingekommen, dass jede von ihnen die Hälfte des Gewinnes bekommen sollte, der sich aus dem Verkauf des Kohlenschlammes ergeben würde. Der Kläger beschloss jedoch bald, die Abbauarbeiten nicht selbst durchzuführen, da dies nach seiner Berechnung zu kostspielig geworden wäre. Er setzte sich mit der Firma S. (S.) in Verbindung und veranlasste, dass die Vertreter dieser Firma den Beklagten aufsuchten. Dieser verkaufte am 14. August 1951 im eigenen Namen dem S. die brennbaren Rückstände, die der Kläger gekauft hatte, für 11 DM je Tonne. Das S. führte die Abbauarbeiten und die Verladung auf eigene Kosten durch. Es stellte vor Beginn der Förderung zugunsten des Beklagten ein Akkreditiv von 5 000 DM, das nach Beendigung der Förderung verrechnet werden sollte.

Als der Kläger von diesem Vertrag erfuhr, kam es am 17. August 1951 zu einer Auseinandersetzung zwischen ihm und

dem Beklagten, wobei der Kläger dem Beklagten zum Vorwurf machte, dass er den Vertrag mit dem S. in eigenem Namen geschlossen habe.

Am 19. August 1951 teilte der Beklagte dem Kläger mit, er habe sich nach neuer Überlegung entschlossen, die Einstellung des Klägers "für die Abwicklung des Objekts" gelten zu lassen. Er bat den Kläger, dem S. zu bestätigen, dass er - der Kläger - den Vertrag anerkenne und dass dieser auch im Namen des Klägers geschlossen worden sei. Schliesslich erklärte er dem Kläger, dass er nunmehr die Aufsicht, Abwicklung und Durchführung des Vertrages dem Kläger überlasse, da ihm selbst die Zeit hierfür fehle. Der Kläger bestätigte am 1. September 1951 den Empfang dieses Schreibens und erklärte sich im wesentlichen mit den darin gemachten Vorschlägen einverstanden.

Nachdem dann der Kläger die Durchschläge über die bisher abgewickelten Geschäfte mit der G. und dem S. und die Zusendung von 50 % des Gewinns angefordert, der Beklagte die Forderung aber abgelehnt hatte, erhob der Kläger die vorliegende Klage. Er vertritt die Meinung, er habe mit dem Beklagten einen Dienstvertrag geschlossen, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habe. Die Hälfte des sich aus dem Geschäft ergebenden Gewinnes, die vereinbarungsgemäss dem Beklagten zufließen sollte, stelle also dessen Vergütung (§ 611 BGB) dar.

Er verlangt mit der Klage die Zahlung der Hälfte des Unterschiedsbetrages zwischen der Summe, die der Beklagte von dem S. erhalten hat und der Summe, die an die G. abgeführt wurde, sowie die Einwilligung in die Auszahlung der Hälfte des Akkreditivs von 5 000 DM.



Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat behauptet, zwischen dem Kläger und ihm sei ein Gesellschaftsvertrag zustande gekommen. Seine Einlage habe darin bestanden, das Schlammbecken ausfindig zu machen, während der Kläger es übernommen habe, den Abbau des Schlamms durch seine Arbeiter und mit seinen Maschinen vorzunehmen. Dieser Vertrag sei zunächst dadurch hinfällig geworden, dass der Kläger erklärt habe, er werde den Abbau nicht selbst vornehmen. Durch sein Schreiben vom 19. August habe er dem Kläger den Gesellschaftsvertrag in der abgeänderten Form bestätigt, dass nunmehr der Abbau nicht mehr durch den Kläger durchgeführt werden sollte. Als Gesellschafter sei er zur Zahlung nicht verpflichtet; der Kläger könne vielmehr nur Auseinandersetzung verlangen. Hierbei müsse berücksichtigt werden, dass der Kläger der Gesellschaft durch sein vertragswidriges Verhalten Schaden zugefügt habe; denn bei einer Ausbeutung durch den Kläger selbst würde sich ein weit höherer Gewinn ergeben haben. Ein weiterer Schaden sei dadurch entstanden, dass der Kläger, nachdem der Vertrag mit dem S. aufgehoben worden sei, den Abschluss eines neuen Vertrages mit einer anderen Firma hintertrieben habe. Schliesslich habe der Kläger das S. veranlasst, keine Zahlungen mehr an ihn, den Beklagten, zu leisten. Dadurch sei, da das S. später in Zahlungsschwierigkeiten geraten sei, ein Ausfall von 6 158 DM entstanden.

Ausserdem hat der Beklagte geltend gemacht, ihm stehe ein Anspruch auf Ersatz von Auslagen sowie eine Vergütung für seine Tätigkeit als Geschäftsführer zu.

Er hat Widerklage erhoben, mit der er beantragt, den Kläger zur Zustimmung dazu zu verurteilen, dass die bei dem Sequester Dr. W. auf einem Treuhandkonto eingezahlten

Beträge an ihn, den Beklagten, ausgezahlt werden. Der genannte Sequester ist in einem Verfahren wegen einstweiliger Verfügung bestellt worden; an ihn ist der Akkreditivbetrag des S abgeführt worden.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an den Kläger 10 144 DM nebst 5 % Zinsen zu zahlen und darin einzuwilligen, dass von dem auf das Treuhandkonto des Dr. W eingezahlten Betrag von 4 657,88 DM die Hälfte, nämlich 2 328,94 DM an den Kläger ausgezahlt werde. Mit dem weitergehenden Einwilligungsantrag hat es den Kläger abgewiesen.

Gegen das Urteil des Landgerichts haben der Beklagte Berufung und der Kläger Anschlussberufung eingelegt.

Der Beklagte hat beantragt,

1. die Klage abzuweisen,
2. auf die Widerklage den Kläger zu verurteilen, darin einzuwilligen, dass der auf das Treuhandkonto W eingezahlte Betrag von 4 657,88 DM
 - a) an ihn ausgezahlt werde,
 - b) hilfsweise beim Amtsgericht in Oberhausen zugunsten der aus dem Kläger und ihm, dem Beklagten, bestehenden Gesellschaft hinterlegt werde.

Der Kläger hat beantragt,
den Beklagten zu verurteilen, an ihn 11 349 DM nebst 10 % Zinsen zu zahlen und darin einzuwilligen, dass die Hälfte des Treuhandbetrages von 5 650 DM, also 2 825 DM, an ihn ausgezahlt werde,

sowie hilfsweise

den Beklagten zu verurteilen, 11 349 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1. Januar 1952 zugunsten einer etwa aus ihm und dem Beklagten bestehenden Gesellschaft zu hinterlegen

Beide Parteien haben weiter beantragt, die Berufung bzw. Anschlussberufung des Gegners zurückzuweisen.

Während des Berufungsverfahrens, nämlich durch Bescheid vom 26. März 1954, hat der Regierungspräsident in D [REDACTED] dem Beklagten die Abführung des Mehrerlöses von 14 619 DM auferlegt, der durch den Verkauf der brennbaren Rückstände über den zulässigen Preis hinaus erzielt worden war. Gegen den Bescheid hat der Beklagte Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt; diese war bei Abschluss des Berufungsverfahrens noch nicht ergangen.

Im vorliegenden Verfahren hat der Beklagte geltend gemacht, der Mehrerlösbetrag müsse bei der Gewinnberechnung berücksichtigt werden. Ebenso müsse die Gewerbesteuer, die er in Höhe von rund 3 200 DM für das gemeinsame Geschäft habe entrichten müssen, vom Bruttogewinn abgezogen werden.

Das Oberlandesgericht in Düsseldorf hat durch Teilurteil vom 3. Dezember 1954 über den Zahlungsanspruch des Klägers dahin entschieden, dass es - unter entsprechender Zurückweisung der Berufung - den Beklagten verurteilt hat, an den Kläger 11 349 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 1. Januar 1952 zu zahlen.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Revision eingelegt.
Er beantragt, nach seinen Schlussanträgen in der Beru-

fungsinstanz zu erkennen, soweit ihnen das Berufungsgericht nicht entsprochen hat. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

Das Berufungsgericht hat das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis als einen Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, angesehen. Es hat dies folgendermassen begründet: Auszugehen sei von dem mit der G. abgeschlossenen Kaufvertrag, in dem lediglich die Firma des Klägers als Käuferin genannt sei. Unstreitig hätten die Parteien vereinbart, dass sie sich den Gewinn aus diesem Geschäft teilen wollten. Ob zunächst daran gedacht gewesen sei, dass hinsichtlich dieses Geschäfts eine Gelegenheitsgesellschaft entstehen sollte, könne dahingestellt bleiben. Auf jeden Fall sei das Rechtsverhältnis im Anschluss an die Unterredung der Parteien vom 17. August 1951 eindeutig geklärt worden. Wie die Vernehmung der Parteien ergeben habe, habe der Kläger bei dieser Unterredung dem Beklagten Vorwürfe gemacht, weil er den Vertrag mit dem S. im eigenen Namen abgeschlossen habe. Der Beklagte habe sich dagegen auf den Standpunkt gestellt, er sei hierzu berechtigt gewesen, da der Kläger seiner Verpflichtung nicht nachgekommen sei, die Schlammkohle selbst abzubauen. Weiter habe der Beklagte bei dieser Unterredung die früheren Vereinbarungen "für nicht mehr bestehend" erklärt, worauf der Kläger erwidert habe: "Ich bestehe auf diesem Vertrag, da er über meinen Namen läuft". Die Parteien hätten sich dann in Unfrieden getrennt. Wenn der Beklagte daraufhin

am 19. August 1951 dem Kläger "im Anschluss an die Unterredung vom 17. August 1951" brieflich mitgeteilt habe, er habe sich entschlossen, die Einstellung des Klägers gelten zu lassen, so könne dies nur dahin ausgelegt werden, dass der Beklagte nunmehr damit einverstanden gewesen sei, dass der Kläger weiterhin der alleinige Geschäftsherr bleibe und der Beklagte auch dem S. gegenüber nur als sein Beauftragter gehandelt habe. Dies gehe auch aus dem weiteren Satz in dem Schreiben des Beklagten hervor, er überlasse nunmehr die Aufsicht, die Abwicklung und die Durchführung des Vertrages mit dem S. dem Kläger. Der Beklagte sei demnach damit einverstanden gewesen, dass im Innenverhältnis der Parteien der Kläger der Auftraggeber sei und der Beklagte nur als dessen Vertreter mit dem S. abgeschlossen habe. Schliesslich komme dies auch darin zum Ausdruck, dass der Beklagte den Kläger in dem erwähnten Schreiben gebeten habe, dem S. zu bestätigen, dass dieser Vertrag von ihm anerkannt werde und "auch im Namen der Firma R. abgeschlossen" worden sei. Der Kläger habe zunächst mit Schreiben vom 1. September 1951 erklärt, er sei mit den Vorschlägen des Beklagten "im wesentlichen" einverstanden. Später habe er dann auf eine nochmalige Mahnung des Beklagten hin endgültig bestätigt, dass der Vertrag mit dem S. in seinem Auftrag und in seinem Sinn abgeschlossen worden sei. Diesem Schreiben habe der Beklagte nicht widersprochen. Damit sei eindeutig geklärt gewesen, dass der Kläger der Herr des Geschäftes und der Beklagte lediglich sein Beauftragter im Sinne des § 675 BGB gewesen seien.

Der Ansicht des Beklagten, es habe von Anfang an eine Gelegenheitsgesellschaft bestanden, könne nicht gefolgt werden. Da der Beklagte sich in dem Schreiben vom 19. August 1951 dem Willen des Klägers gebeugt habe, könne nicht davon

die Rede sein, dass beide sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zusammengeschlossen hätten. Die Wendungen des Beklagten in seinen Schreiben vom 19 und 30 August 1951 "auch im Namen der Firma R [REDACTED]" und "auch in meinem Namen" zwingen nicht zu dem Schluss, dass ein Gesellschaftsverhältnis bestehe. Denn dem Beklagten sei es nach der Auseinandersetzung vom 17. August 1951 hauptsächlich darum gegangen, dass der Kläger in den Vertrag mit dem S [REDACTED] eintrete. -

Mit Recht weist die Revision auf die Unstimmigkeit hin, die darin liegt, dass das Berufungsgericht einerseits hat dahinstehen lassen, ob die Parteien zunächst ein Gesellschaftsverhältnis begründen wollten, dass es aber andererseits ausgeführt hat, der Brief des Beklagten vom 19. August 1951 könne nur dahin ausgelegt werden, dieser sei nunmehr damit einverstanden, dass der Kläger weiterhin der alleinige Geschäftsherr bleibe. Die Wendung, der Kläger sei weiterhin Geschäftsherr geblieben, kann nur bedeuten, dass das frühere Rechtsverhältnis - im Einverständnis des Beklagten - bestehen bleiben solle. Dann aber durfte nicht unerörtert bleiben, wie jenes Rechtsverhältnis zu beurteilen war. Hatte ein Gesellschaftsverhältnis bestanden, so hätte das Berufungsgericht, um zu dem Ergebnis zu gelangen, es bestehe jetzt keine Gesellschaft, feststellen müssen, dass die Parteien eine Abänderung des Vertragsverhältnisses vereinbart haben. Eine solche Feststellung hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es ist nicht einmal erkennbar, ob es in dem sich an die Auseinandersetzung der Parteien vom 17. August 1951 anschliessenden Schriftwechsel eine neue Vereinbarung gesehen hat, oder ob es - wie es in den Urteilsgründen heisst - die Rechtslage durch den Brief des Beklagten vom 19. August nur "eindeu-

tig geklärt" ansah.

Das Berufungsgericht geht bei seiner Auslegung des Briefes des Beklagten vom 19. August 1951 davon aus, der Umstand, dass der Kläger "alleiniger Geschäftsherr" sei, schliesse die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses aus. Dies legt im Zusammenhang mit der Ausführung im Anfang der Entscheidungsgründe, dass nämlich von dem Kaufvertrag mit der G. auszugehen und in diesem lediglich der Kläger in Erscheinung getreten sei, die Annahme nahe, dass das Berufungsgericht das Innenverhältnis zwischen den Parteien nicht hinreichend von den mit Dritten abgeschlossenen Verträgen auseinandergehalten hat.

Jedenfalls aber könnte der Schluss, den das Berufungsgericht aus der Erklärung des Beklagten, "er lasse die Einstellung des Klägers für die Abwicklung des Objekts gelten", gezogen hat, nur dann berechtigt sein, wenn der Kläger bei der Unterredung vom 17. August 1951 klar zum Ausdruck gebracht hätte, er betrachte sich nicht als Gesellschafter, und wenn die Frage, ob ein Gesellschaftsverhältnis bestehe oder nicht, der einzige wesentliche Streitpunkt gewesen wäre, so dass die Erklärung des Beklagten vom 10. August 1951 sich nur auf diesen Punkt beziehen konnte. Das ist aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall. Nach diesen ging es in erster Linie darum, ob die frühere Vereinbarung der Parteien dadurch hinfällig geworden war, dass der Kläger entgegen der ursprünglichen Abmachung später abgelehnt hatte, den Abbau selbst vorzunehmen. Dass von der Rechtsnatur des Vertrages die Rede gewesen ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Allerdings hat der Kläger ausgesagt, er habe schliesslich dem Beklagten erklärt, wenn dieser es auf die Spitze treibe, müsse er ihm sagen,

er (Kläger) habe ihn (Beklagten) beauftragt, und das sei sein Geschäft. Das Berufungsgericht hat aber einmal nicht festgestellt, dass diese Äusserung tatsächlich gefallen sei. Selbst dann aber würde sich nicht zwingend ergeben, dass der Beklagte mit seiner allgemein gehaltenen Erklärung, die Einstellung des Klägers gelten zu lassen, habe anerkennen wollen, dass er "Beauftragter" des Klägers gewesen sei. Es ist also unzutreffend, wenn das Berufungsgericht meint, die von ihm gegebene Auslegung sei die einzig mögliche. Möglich war vielmehr noch die Auslegung, dass der Beklagte sich nur der Ansicht des Klägers angeschlossen hat, der Vertrag sei nicht aufgehoben worden. Diese Möglichkeit hat also das Berufungsgericht bei seiner Auslegung nicht beachtet.

Das Berufungsgericht meint, die Wendungen des Beklagten in seinen Briefen vom 19. und 30. August 1951, er wünsche, dass der Kläger dem S. gegenüber bestätige, dass der Vertrag "gleichzeitig auch im Namen des Klägers abgeschlossen sei", zwingen nicht zu dem Schluss, der Beklagte habe damit das Bestehen einer Gesellschaft zum Ausdruck bringen wollen. Es kommt aber nicht darauf an, ob ein solcher Schluss zwangsläufig ist. Das Berufungsgericht hätte vielmehr erwägen müssen, ob nicht jene Wendung doch dafür sprach, dass der Beklagte der Ansicht war, der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag solle fortbestehen, und ob eine Auslegung der beiden Schreiben in diesem Sinne objektiv möglich, wenn nicht gar geboten war. Es hätte sich insbesondere mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob es denn einen Sinn haben konnte, den vom Beklagten mit dem S. geschlossenen Vertrag in Zukunft als von ihm und dem Kläger geschlossen gelten zu lassen, wenn der Beklagte nur Dienstverpflichteter des Klägers war.

Schliesslich ist vom Berufungsgericht folgendes unbeachtet geblieben: Der Beklagte hat in seinem Brief vom 19. September 1951 dem Kläger erklärt, er vermisse bis heute die Bestätigung an das S., dass er, Beklagter, den Vertrag gleichzeitig im Namen des Klägers abgeschlossen habe. Der Kläger hat darauf in seiner Antwort vom 26. September 1951 nicht etwa, wie das Berufungsgericht anzunehmen scheint, diese Bestätigung erteilt, sondern nur bestätigt, dass der Vertrag mit dem S. im Auftrag und im Sinne des Klägers abgeschlossen worden sei. Wenn das Berufungsgericht hierzu erklärt, es sei damit eindeutig geklärt worden, dass der Kläger Herr des Geschäfts sei, so fehlt es dieser Ausführung an der Schlüssigkeit

Die Annahme des Berufungsgerichts, es habe zwischen den Parteien ein Dienstvertragsverhältnis und nicht ein Gesellschaftsverhältnis bestanden, beruht somit auf den vom Beklagten gerügten Verfahrensverstössen (§ 286 ZPO), aber auch auf einem Verstoss gegen § 133 BGB. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Denn wenn zwischen den Parteien ein Gesellschaftsverhältnis bestanden hat, kann der Kläger nicht ohne weiteres Zahlung an sich verlangen. Ein solcher Zahlungsanspruch wäre nur gegeben, wenn der Gewinn, den die Gesellschaft erzielt hat, bereits feststünde. Dann könnte die Auseinandersetzung in der Weise erfolgen, dass der Beklagte den ihm nicht zustehenden Teil des Erlöses an den Kläger zahlt; eine Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Bestimmungen (§§ 732 bis 735, 752 ff BGB) könnte in diesem Falle nicht stattfinden, weil weder Gesellschaftsschulden noch der Gesellschaft gehörende Gegenstände vorhanden wären, die durch Verkauf verwertet werden könnten. Solange aber der Gewinn nicht feststeht, kann der Klä-

ger Zahlung an sich jedenfalls dann nicht verlangen, wenn die Gewinnhöhe in erheblichem Umfang ungewiss ist. Dies ist hier der Fall. Denn es steht noch nicht fest, ob der Mehrerlösabführungsbescheid über 14 619 DM bestehen bleibt oder ob er abgeändert oder aufgehoben werden wird. Die Entscheidung hierüber ist für die Höhe des Gewinns von Bedeutung. Bleibt es bei dem Bescheid, so muss der dem Beklagten auferlegte Betrag von dem Erlös abgezogen werden, der beim Verkauf der brennbaren Rückstände erzielt worden ist. Nur der dann verbleibende Unterschied kann als Gewinn angesehen werden. Ein Anspruch auf die Hälfte des ungerechtfertigt gezogenen und daher abzuführenden Mehrerlöses steht dem Kläger nicht zu. Der abweichenden Ansicht des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden. Es führt hierzu aus, die Verbindlichkeit zur Abführung des Mehrerlöses sei in der Person des Beklagten nur dadurch entstanden, dass er entgegen der Weisung des Klägers den Vertrag mit dem S im eigenen Namen geschlossen habe. Hätte er den Vertrag namens des Klägers geschlossen, so wäre der Bescheid gegen diesen ergangen, und der Kläger hätte seine Rechte selbst wahrnehmen können. Da der Beklagte von den Weisungen des Klägers abgewichen sei, könne er nicht Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Diesen Ausführungen ist entgegenzuhalten, dass der Abführungsbescheid nicht wegen der Person des Beklagten, sondern wegen des Überpreises, also wegen des Inhalts des Vertrages, mit dem sich der Kläger einverstanden erklärt hat, ergangen ist. Es ist bisher nichts dafür vorgetragen worden, was die Annahme rechtfertigen könnte, der Bescheid wäre nicht erlassen worden, wenn der Kläger als Verkäufer aufgetreten wäre.

Dem Berufungsgericht kann auch nicht zugestimmt wer-

den, wenn es ausführt, der Beklagte habe wegen der abzuführenden Gewerbesteuer kein Zurückbehaltungsrecht, weil diese nicht für das Geschäft als solches, sondern lediglich von dem betreffenden Gewerbetreibenden gefordert werde, und weil das Finanzamt sich jeweils an den halte, der den Gewinn bekommen hat. Diese Umstände sind für die Frage, ob im Innenverhältnis zwischen den Parteien die Anrechnung erfolgen muss, unerheblich. Solange den Abmachungen der Parteien nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist - und dies hat das Berufungsgericht bisher nicht festgestellt - muss die Gewerbesteuer, die auf das den Vertragsbeziehungen zugrundeliegende Geschäft entfällt, von dem Gewinn abgezogen werden.

Hiernach könnte der Kläger, wenn ein Gesellschaftsvertrag anzunehmen wäre, Zahlung allenfalls gemäss seinem Hilfsantrag (auf Hinterlegung zugunsten der Gesellschaft) verlangen. Für einen solchen Anspruch wäre aber andererseits kein Raum, wenn ein Dienstvertrag vorläge. Dann könnte der Kläger zwar Zahlung an sich verlangen, doch wären auch dann bei der Berechnung des dem Beklagten verbleibenden Gewinnanteils entsprechend den obigen Ausführungen der Mehrerlös und die Gewerbesteuer zu berücksichtigen. Eine Entscheidung kann nach alledem nicht ergehen, ohne dass die Rechts-

natur des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses einwandfrei geklärt ist.

Glanzmann	Scheffler	Heimann-Trosien
Erbel	Meyer	