

88. Kann der Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft zur Vorbereitung der künftigen Auseinandersetzung einzelne besonders dringliche Ansprüche gegen den Mitgesellschafter vorab einklagen?
BGB. §§ 705, 730.

II. Zivilsenat. Urf. v. 30. März 1920 i. S. Schw. (Rl.) w. W. (Defl.).
II 469/19.

- I. Landgericht Pansig, Kammer für Handelsfachen.
- II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Die Parteien haben am 2. Februar 1915 einen Gesellschaftsvertrag miteinander geschlossen zu dem Zwecke, in Lomicz (Polen) oder an einem anderen von der Militärverwaltung zu bestimmenden Orte des Kriegsschauplatzes den Handel mit Lebens- und Genussmitteln und

mit Bekleidungs- und anderen für das Militär erforderlichen Gegenständen zu betreiben. Die Militärverwaltung hatte, wie im Vertrage gesagt ist, dem Kläger ein zinsloses Darlehen von 40 000 *M* zum Einkaufe von Waren gegeben und sollte auch die Verkaufs- und Lager Räume sowie das Betriebsinventar liefern. Die Gesellschafter hatten nach dem Vertrage Geldbeiträge zum Geschäftsbetriebe nicht zu leisten. Jede Tageeinnahme — heißt es im § 5 — sei mit Ausnahme eines gewissen Wechselbetrags jeweils an die Etappenkommandantur des Ortes der Niederlassung abzuführen. Nach § 6 sollte die Etappenkommandantur das abgelieferte Geld dem Bankkonto des Klägers überweisen, und dieser werde dann die erforderlichen Zahlungen für die Gesellschaft leisten. Nach § 7 sollte keiner der beiden Gesellschafter Geld aus der Gesellschaftskasse für sich entnehmen dürfen, und § 8 verleiht den Rechnungsabschluss und die Gewinn- oder Verlustverteilung auf die Zeit nach Auflösung der Gesellschaft. In Ausführung des Vertrags setzten die Parteien kurz nach Vertragsschluß in Lomicy ein Warenhaus in Betrieb. Der Beklagte, der das Geschäft im wesentlichen führte, stellte einige Hilfskräfte ein und sicherte dem Angestellten S. einen Anteil an dem auf ihn — den Beklagten — entfallenden Gewinn zu. Im Herbst 1915 wurde das Warenhaus und zugleich auch die Gesellschaft aufgelöst, weil die Standorte der deutschen Truppen von jener Gegend wegverlegt worden waren.

Nach der Behauptung des Klägers hat der Beklagte Ende September 1915 die bei Auflösung der Gesellschaft in Lomicy zurückgebliebenen Waren jedenfalls zum Teil verkauft, von dem erzielten Kaufpreise aber zwei Posten von 17 000 und 9240 *M* nicht an die Gesellschaftskasse abgeliefert, sondern vertragswidrig für sich behalten; dasselbe soll der Fall gewesen sein bezüglich einer vom Beklagten eingezogenen Gesellschaftsforderung im Betrage von 5399,75 *M*. Außer diesem Gesamtbetrage von 31 639,75 *M* soll er zusammen mit seinem Untergesellschafter S. noch einige andere Posten in Gesamthöhe von rund 12 600 *M* vertragswidrig, über seinen vertraglichen Gewinnanteil von 40% hinaus, sich zugeeignet haben, während der Kläger seinen Gewinnanteil von 60% nicht voll erhalten habe; überdies seien noch Gesellschaftsverbindlichkeiten von mehr als 10 000 *M* zu begleichen, dem Kläger stehe aber nur ein Kassenbestand von einigen hundert Mark zur Verfügung. Auf dieser Grundlage verlangt der Kläger Hinterlegung von 31 639,75 *M* zu einer Streitmasse, wobei er den Standpunkt vertritt, daß die Klage der Vorbereitung der künftigen Auseinandersetzung dienen solle.

Während der erste Richter der Klage stattgab, wies das Oberlandesgericht sie ab. Auf die Revision des Klägers wurde das Berufungsurteil aufgehoben.

Gründe:

„Die §§ 5 bis 8 des Gesellschaftsvertrags vom 2. Februar 1915 sind, wie der Berufungsrichter feststellt, von den Parteien niemals eingehalten worden. Insbesondere entnahmen beide Parteien entgegen dem § 8, ohne den andern Teil im einzelnen Falle um seine Zustimmung zu ersuchen, aus der Gesellschaftskasse Vorschüsse auf ihren Gewinnanteil, die sich bis Ende September 1915 beim Kläger auf über 80000 *M.*, beim Beklagten einschließlich der seinem Unterteilhaber S. zugeflossenen Beträge auf etwa 60000 *M.* belaufen haben. Beide Gesellschafter hatten von den Entnahmen des andern Teiles Kenntnis und keiner von ihnen erhob jemals gegen diese Art der Gewinnabhebung Einspruch. Bei dieser Sachlage geht das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum davon aus, daß die §§ 5 bis 8 des Vertrags nach dem Willen der Parteien keine Geltung haben sollten und daß sich die Parteien in Abänderung dieser Bestimmungen darüber einig geworden seien, der Gewinn solle, wenn und insoweit ein ausreichender Bestand in der Geschäftskasse vorhanden sei, von jedem Gesellschafter vorschußweise entnommen werden dürfen, und zwar ohne jedesmalige Einholung der Zustimmung des andern Teiles.

Aus dieser Vereinbarung ergab sich nun aber nicht für jeden Gesellschafter das schrankenlose Recht, zu jeder Zeit ohne Rücksicht auf die mutmaßliche Höhe des eigenen Gewinnanteils und die Verpflichtungen der Gesellschaft Geld aus der gemeinschaftlichen Kasse für sich zu entnehmen oder Außenstände der Gesellschaft einzuziehen und das erhobene Geld ohne weiteres für sich selbst einzubehalten. Vielmehr mußten sich die Entnahmen, wenn sie durch jenes stillschweigende Übereinkommen gedeckt sein sollten, innerhalb angemessener, durch die vermutliche Höhe des eigenen Gewinnanteils bestimmter Grenzen halten, und keinesfalls durften sie so weit gehen, daß die Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten der Gesellschaft dadurch verzögert oder unmöglich gemacht wurde. Das Gegenteil wäre mit den Anforderungen von Treu und Glauben im Verkehr nicht vereinbar. Nach der Feststellung des Berufungsrichters hat der Beklagte im Herbst 1915 nach Auflösung der Gesellschaft insgesamt 31639,75 *M.* auf seinen Gewinnanteil entnommen; des Näheren soll diese Entnahme, wie der Kläger behauptet, so vor sich gegangen sein, daß der Beklagte einige Forderungen der Gesellschaft eingezogen und das Geld für sich behalten habe. Weiter wird behauptet, der Beklagte habe schon durch seine übrigen teils für sich selbst teils für den Unterteilhaber S. gemachten Entnahmen, also ohne Berücksichtigung der hier streitigen 31639,75 *M.*, nach Maßgabe seines Gewinnanteils von 40% dem Kläger gegenüber 12643,62 *M.* zu viel erhalten, und außerdem weise die Gesellschaftskasse nach Bezahlung verschiedener Gesellschaftsschulden durch den Kläger

einen Bestand von nur noch 602,93 *M* auf, so daß zwei fällige Schuldposten der Gesellschaft im Gesamtbetrage von 10 827,70 *M* bisher nicht hätten getilgt werden können. Erweist sich dieses Vorbringen des Klägers, demgegenüber der Beklagte unter Beweiserbieten abweichende Behauptungen aufgestellt hat, als im allgemeinen richtig, so ist die Verpflichtung des Beklagten, die rund 31 600 *M* der noch in Liquidation befindlichen Gesellschaft durch Hinterlegung zur Verfügung zu stellen, zu bejahen. Denn dann steht fest, daß der Beklagte in Höhe dieses Gesamtbetrags Entnahmen gemacht hat, welche die durch die Übereinkunft der Gesellschafter gezogene Grenze offensichtlich überschritten und daher ihre Rechtfertigung in jenem Abkommen nicht finden können. Dabei ist unerheblich, ob er sich bei der Entnahme der Tatsache oder auch nur der Möglichkeit der Mehrerhebung über seinen mutmaßlichen Gewinnanteil hinaus bewußt war oder nicht; nur darauf kommt es an, daß durch die Entnahme der rund 31 600 *M* Vermögenswerte in sein Vermögen gekommen sind, auf die er nach Maßgabe der im Vertrage vorgesehenen Gewinnverteilung und mit Rücksicht auf die erforderliche Tilgung fälliger Gesellschaftsschulden tatsächlich keinen Anspruch hatte.

Der Klage, wie sie erhoben ist, läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß die Frage, ob der Beklagte die rund 31 600 *M* zu Unrecht entnommen habe und an die Gesellschaft herausgeben müsse oder nicht, nur im Auseinanderetzungsverfahren (§§ 730 ff. BGB.) zur Erledigung gebracht werden könne, daß aber der Kläger selbst sich in diesem Rechtsstreit auf den Standpunkt gestellt habe, eine Erörterung der Schulverhältnisse der Gesellschaft sei überflüssig, weil es sich bei der jetzigen Klage nicht um die Verteilung des Gewinnes, sondern um die Herausgabe und Hinterlegung unterschlagener Gelder der Gesellschaftskasse handle. Dem Gesellschafter ist es nicht verwehrt, zur Vorbereitung der künftigen Auseinanderetzung, wenn diese selbst zunächst noch nicht herbeigeführt werden soll oder kann, den einen oder anderen besonders dringlichen Anspruch gegen den Mitgesellschafter vorab zu verfolgen. Dringlichkeit liegt hier wegen der Notwendigkeit der Schuldenzahlung, aber auch deshalb vor, weil der Beklagte, wie er selbst zugibt, im Dezember 1914 wegen einer gegen ihn geltend gemachten Forderung in Höhe von 2077,90 *M* den Offenbarungseid geleistet hat. Zwar behauptet der Beklagte, er habe im Januar und Februar 1915 an umfangreichen Kriegslieferungen „entsprechenden“ Gewinn gemacht und sei dadurch wieder kapitalkräftig geworden. Weder die Feststellungen des Vorderrichters noch das von ihm in Bezug genommene Parteivorbringen bieten aber irgendwelchen Anhalt für die Annahme, daß nach Maßgabe des Vermögensbesitzes des Beklagten ein längeres Zuwarten des Klägers die Verwirklichung des jetzt geltend

gemachten Anspruch nicht gefährdet hätte. Wenn der Kläger im zweiten Rechtszuge eine Erörterung der Schuldverhältnisse der Gesellschaft für überflüssig erklärt und den Klagenanspruch als aus der Unterschlagung von Gesellschaftsgeldern herrührend bezeichnet hat, so ist damit nur zum Ausdruck gebracht, daß die Klage in erster Linie auf die rechtswidrige Entnahme von Gesellschaftsgeld gestützt werde. Das weitere, gleichfalls zur Begründung des Klagenanspruchs dienende tatsächliche Vorbringen, das in der Klageschrift und den ferneren erstinstanzlichen Schriftsätzen des Klägers enthalten und nach dem Tatbestande des angeordneten Urteils auch im Berufungsverfahren vorgetragen worden ist, hat der Kläger damit, daß er in zweiter Instanz mit der oben angegebenen Begründung zum Ziele gelangen zu können glaubte, nicht endgültig fallen lassen; für die Annahme eines derartigen Verzichtes würde es an jedem Anhalt fehlen. Gerade in den Schriftsätzen erster Instanz hat aber der Kläger den Klagenanspruch nicht nur mit der Behauptung der rechtswidrigen Entnahme und Zueignung der rund 31600 *M* schlechthin, sondern auch damit begründet, daß der Beklagte, abgesehen von diesem Betrag, insgesamt 12643,52 *M* über den ihm vertraglich zustehenden Gewinnanteil hinaus, Kläger dagegen 12643,52 *M* zu wenig erhalten habe und daß der Bestand der Gesellschaftskasse zur Bezahlung der noch zu tilgenden Gesellschaftsschulden mit zusammen 10827,70 *M* nicht annähernd ausreiche. Auf dieses ganze Vorbringen des Klägers, bei dessen Richtigkeit der Klagenanspruch nach dem oben Ausgeführten begründet ist, ist das Berufungsgericht nicht eingegangen. . . .