
Datum: 25.04.1997
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 14/95
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1997:0425.4U14.95.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 26 O 430/93

Tenor:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 14. Mai 1996 (Aktenzeichen 4 U 14/95) wird wie folgt abgeändert: Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15. März 1995 verkündete Teilurteil der 26. Zivilkammer des Landgerichts K. (Aktenzeichen 26 O 430/93) unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt: Unter Abweisung der Widerklage im übrigen wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte 366.979,11 DM nebst 6 % Zinsen seit dem 4. März 1994 zu zahlen. Die Entscheidung über die erstinstanzlichen Verfahrenskosten bleibt dem landgerichtlichen Schlußurteil vorbehalten. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu 23 % und der Beklagten zu 77 % auferlegt. Ausgenommen hiervon sind die durch die Säumnis der Beklagten im Senatstermin vom 14. Mai 1996 entstandenen Kosten. Letztere Kosten hat die Beklagte zu tragen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 460.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet. Die Sicherheit kann auch in Form einer selbstschuldnerischen Bürgschaft eines als Zoll- und Steuerbürge zugelassenen Kreditinstitutes geleistet werden.

Tatbestand

1

2

Der Kläger ist Steuerberater. Er übertrug seine Praxis durch Praxisübernahmevertrag vom 21. Februar 1989 an die Steuerbevollmächtigten W. und C.. Alle genannten Personen gründeten am selben Tage die beklagte GmbH, für die neben anderen auch der Kläger als -alleinvertretungsberechtigter - Geschäftsführer tätig war und aus welcher er inzwischen Ende 1993 ausgeschieden ist.

Den Geschäftsanteil des im Frühsommer 1992 wegen Unregelmäßigkeiten
ausgeschlossenen Zeugen C. übernahm im März 1993 der jetzige Liquidator Sch. der
Beklagten. 3

Die Parteien streiten über wechselseitige Auskunfts- und Vergütungs- bzw. Ersatzansprüche
aus dem gemeinsamen Betrieb der Steuerberaterpraxis. Der Kläger sollte für seine
Außendienstaufgabe, neue Mandate für die Beklagte zu akquirieren, für alle ab 1. März 1989
beschafften Neumandate eine einmalige Vergütung von 110 % des Jahresumsatzes dieses
Mandates erhalten. Die beiden übrigen Gesellschafter sollten sich den Innendienst teilen.
Über die Aufgaben des Klägers, seine Vergütung und den Rahmen seiner beruflichen
Betätigung außerhalb der beklagten Gesellschaft haben der Kläger und der Geschäftsführer
W. der Beklagten einen Aktenvermerk vom 27. Dezember 1991 (Bl. 8, 9 Gerichtsakten) zum
Inhalt einer Besprechung vom 22. November 1991 niedergelegt. Hierüber verhält sich auch
ein vom erstinstanzlichen Bevollmächtigten des Klägers gefertigtes Protokoll einer am 24.
Januar 1992 abgehaltenen Gesellschafterversammlung der Beklagten (Bl. 205
Gerichtsakten). 4

Anfang 1992 gewann der Kläger für die Beklagte die Arbeiterwohlfahrt P. (AWO-P.) als
Mandantin und nannte dieser im Bestätigungsschreiben vom 24. Februar 1992 (Bl. 162
Gerichtsakten) für die monatlichen Honorarabschlagszahlungen - im ersten Jahr vorgesehen
monatlich 114.000,00 DM - sein Konto. Auch um die Inkassoberechtigung der
Honorarzahungen der AWO-P., die im Jahre 1992 der Kläger, im Jahre 1993 wechselnd
beide Parteien einzogen, geht der Streit. Der Kläger verweist auf eine Sicherungsabtretung
vom 27. Dezember 1991 (Bl. 30 der Beiakten 4 U 10/94 Oberlandesgericht K.), die Beklagte
auf eine Abtretungsvereinbarung vom 20. Februar 1992 (Bl. 226 Gerichtsakten) und das
Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 27. August 1993 (Bl. 11, 12
Gerichtsakten). 5

Unstreitig änderten die Parteien, nämlich der Kläger einerseits und die Gesellschafter W. und
Sch. der Beklagten andererseits, später - mit welchem Inhalt ist umstritten - ausweislich der
vom Gesellschafter Sch. gefertigten Besprechungsnotiz vom 16. Dezember 1992 (Bl. 10
Gerichtsakten) die für den Kläger ursprünglich vereinbarte Vergütungsregelung. 6

Das Großmandat AWO-P. ist durch Vereinbarung der Beklagten mit der AWO vom 18. April
1994 zum 31. Dezember 1993 beendet (Bl. 377 Gerichtsakten). 7

Mit der Behauptung, für die Beklagte unter anderem Aufwendungen in der Größenordnung
von ca. 250.000,00 DM getätigt zu haben, hat der Kläger Rechnungslegung über die
Einnahmen der Beklagten aus neuen Mandaten der Jahre 1989 bis 1993 sowie Auszahlung
des sich danach ergebenden ihm zustehenden Betrages, mindestens jedoch 44.850,00 DM
nebst Zinsen verlangt. 8

Die Beklagte hat widerklagend vom Kläger Auskunft über die in der Zeit vom 21. Februar
1989 bis 31. Dezember 1993 für eigene Rechnung bearbeiteten Mandate und Zahlung von
1.725.953,90 DM nebst 12,5 % seit Rechtshängigkeit (4. März 1994) ver-
langt. 9

Ihren Zahlungsanspruch hat sie unter anderem auf Verstöße des Klägers gegen das Konkurrenzverbot gestützt. Von diesem Verbot sei der Kläger auch in der Versammlung vom 24. Januar 1992 nicht dispensiert worden, weil gerade für den Altenheimbereich keine Befreiung erteilt worden sei. Dafür habe der Kläger 70 % der Einnahmen mit 172.653,94 DM an die Beklagte abzuführen.

Ferner hat sie Schadensersatz von 1.553.300,00 DM als 70 %igen Anteil aus zu Unrecht vom 11
Kläger im Zeitraum Januar 1992 bis April 1993 sowie im Dezember 1993 vereinnahmter Honorarzah-
lungen der AWO-P. verlangt, weil die frühere 110 %ige Vergütungsregelung
rückwirkend in einen 30 %igen Provisionsanspruch des Klägers für neue Mandate
umgewandelt worden sei. Allenfalls diesen Anteil hat sie dem Kläger zugestanden.

Durch rechtskräftiges Urteil vom 10. August 1994 hat das Landgericht die Beklagte im 12
hiesigen Verfahren verurteilt, dem Kläger Rechnung zu legen über die Einnahmen aus den
Mandatsverhältnissen, die nach dem 1. März 1989 zustande gekommen sind und der
Beklagten vom Kläger vermittelt wurden, und hierbei insbesondere die Namen, Anschriften
der Mandanten, den Tag des Vertragsschlusses sowie den jeweiligen Jahresumsatz für die
Jahre 1989, 1990, 1991, 1992 und 1993 anzugeben.

Nach Beweisaufnahme zur behaupteten Abänderung der Vergütungsregelung durch 13
Vernehmung der Zeugin Sch., Ehefrau des Liquidators Sch. der Beklagten, hat das
Landgericht durch das angefochtene weitere Urteil vom 15. März 1995, auf das in vollem
Umfange Bezug genommen wird, die Widerklage abgewiesen.

Gegen dieses, ihr am 29. März 1995 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 2. Mai 1995 14
(Dienstag nach dem Maifeiertag) wegen der Zurückweisung ihres Zahlungsbegehrens -
rechtzeitig - Berufung eingelegt und diese nach Fristverlängerung bis zum 10. Oktober 1995
an diesem Tage begründet.

Sie hat ihren Zahlungsantrag eingeschränkt weiterverfolgt und unter Vertiefung ihres 15
erstinstanzlichen Vorbringens geltend gemacht:

In Wahrheit sei ein Dispens am 24. Januar 1992 nicht uneingeschränkt vereinbart worden, 16
zumal ein solcher mit der vom Kläger gewählten Steuervergünstigung für seine
Praxisveräußerung nicht in Einklang zu bringen sei. Das Protokoll sei auch nie genehmigt
worden. Von einem Dispens, sofern überhaupt ohne Änderung des Gesellschaftsvertrages
wirksam, seien in Aufstellung A zur Widerklage jedenfalls diejenigen Rechnungen des
Klägers mit einer Gesamtsumme von 246.648,49 DM nicht gedeckt, die schon nach dem Text
keine Selbstkostenblatтарbeiten erfaßten. Dasselbe gelte für die mit der Berufung
eingeführten weiteren Rechnungen der Anlagen 1 bis 3 im Gesamtbetrag von weiteren
279.993,04 DM. Hieraus resultierten bereits 526.641,53 DM, bei verlangten 70 % also
368.649,07 DM. Es sei Sache des Klägers darzulegen und zu belegen, weshalb er auf
Rechnungsvordrucken der Beklagten deren Forderungen auf seine Privatkonten habe
einziehen dürfen.

Eine verbindliche Honorarregelung sei nach der Besprechung vom 22. November 1991 weiter 17
streitig gewesen. Anlässlich eines Kreditgespräches bei der Kreissparkasse K. am 20. Februar
1992 sei wegen des Großmandates AWO-P. zwischen den damaligen Gesellschaftern der
Beklagten unter Mitwirkung des Mitarbeiters N. der Sparkasse eine Honoraraufteilung im
Verhältnis 70 % Beklagte und 30 % Kläger vereinbart und Einigung erzielt worden, daß die
Abrede vom 22. November 1991 (Aktenvermerk 27. Dezember 1991) keinen Bestand haben
solle.

Auch wegen der anderen Mandate sei dann am 16. Dezember 1992, wie von der Zeugin Sch. geschildert, ausdrücklich eine Quote von 30 % Kläger : 70 % Beklagte für neu vom Kläger ab Februar 1989 vermittelte Mandate vereinbart und abgesprochen worden, daß auch bereits erfolgte Zahlungen so aufgeteilt werden sollten.	18
Bei entsprechender Abrechnung ergäben sich aus dem Einzug der AWO-Honorare unter Berücksichtigung eines zwischenzeitlich im Verfügungsverfahren 4 U 10/94 Oberlandesgericht K. mit dem Kläger am 8. April 1994 geschlossenen Vergleichs (Bl. 158 ff. Gerichtsakten) jedenfalls weitere Überzahlungen des Klägers von 1.239.350,00 DM, bei anderer Wertung des genannten Vergleiches sogar weitere 1.254.300,00 DM.	19
Zwar hätten die Geschäftsführer der Beklagten es bis Mitte 1993 unterlassen, die Rechnungsstellung des Klägers gegenüber der AWO-P. massiv zu verhindern, um dieses ertragreiche Mandat nicht zu gefährden. Ein Verzicht auf internen Ausgleich könne diesem Verhalten aber nicht entnommen werden.	20
Die Beklagte hat demzufolge den Antrag angekündigt,	21
	22
	23
den Kläger unter Abänderung des angefochtenen Urteils zur Zahlung von 1.607.999,07 DM nebst Zinsen,	24
	25
	26
hilfsweise,	27
	28
	29
zur Zahlung von 1.622.949,07 DM nebst Zinsen zu verurteilen.	30
Der Kläger hat beantragt,	31
	32
	33
die Berufung zurückzuweisen,	34
	35
	36
hilfsweise,	37
	38
	39

Vollstreckungsnachlaß (Bankbürgschaft).	40
Er hat das angefochtene Urteil verteidigt und ausgeführt, der Beklagten sei eine Geltendmachung einzelner Positionen aus einer nach wie vor ausstehenden Gesamtabrechnung der Parteien verwehrt, zumal die Beklagte der Rechnungslegungspflicht aus dem rechtskräftigen Teilurteil des Landgerichts vom 10. August 1994 im hiesigen Verfahren bislang nicht nachgekommen sei.	41
Ohnehin habe die Beklagte in verschiedenen Rechtsstreitigkeiten die hier erhobenen Ansprüche ohne hinreichende Abgrenzung zur Aufrechnung gestellt, weshalb die Gefahr widersprechender Entscheidungen bestehe. Alle von ihm abgerechneten Fälle unter Anlage A der Widerklage enthielten Selbstkostenblattarbeiten. Konkurrenz habe er schon deshalb nicht gemacht, weil die Erstellung von Selbstkostenblättern Wirtschaftsberatung sei, während er seine Steuerberatungspraxis verkauft habe. Auf seiten der Beklagten sei die Fachkompetenz zur Erstellung von Selbstkostenblättern nicht vorhanden gewesen. Er habe in Kenntnis der Beklagten so abgerechnet. Bei der Rechnungserstellung verschweige die Beklagte, daß es die Parteien seinerzeit mit einer klaren Trennung der Abrechnung der einzelnen Leistungen auf Formblättern des Klägers oder der Beklagten nicht so genau genommen hätten.	42
Der Vortrag zur AWO-Abrechnung sei nicht nachvollziehbar. Einerseits behaupte die Beklagte, die Abrechnung sei Streitpunkt gewesen und andererseits, mit dem Zeugen N. sei das so vereinbart. Tatsächlich sei erst am 16. Dezember 1992 eine zukünftige Änderung der bestehenden Vergütungsregelung im Sinne deren liquiditätsmäßiger Streckung erfolgt. Die von der Beklagten erneut benannte Zeugin Sch. sei bei dieser Besprechung gar nicht zugegen gewesen.	43
Schließlich stehe einer Geltendmachung der AWO-Ansprüche hier der frühere Vergleich vom 8. April 1994 im Verfahren 4 U 10/94 Oberlandesgericht Köln entgegen.	44
Im Termin vom 14. Mai 1996 hat die Beklagte nicht zur Sache verhandelt, weshalb der Senat ihre Berufung auf Antrag des Klägers durch Versäumnisurteil vom selben Tage zurückgewiesen hat.	45
Gegen dieses ihr am 23. Mai 1996 zugestellte Versäumnisurteil hat die Beklagte am 7. Juni 1996 (Freitag nach Fronleichnam) Einspruch eingelegt und diesen nach Fristverlängerung bis zum 5. Juli 1996 am selben Tage begründet.	46
Sie verweist auf einen Gesellschafterbeschuß vom 20. Mai 1996, Rückforderungs- und Ersatzansprüche gegen den Kläger aus Geschäftsführung geltend machen zu können, und legt eine Gesamtabrechnung zum Zwecke der Erfüllung des Teilurteils des Landgerichts K. vom 10. August 1994 vor. Da diese Abrechnung einen weit höheren Saldo zu ihren Gunsten ergebe, wolle sie dieses Widerklageverfahren nunmehr als Teilklage gewertet wissen. Lediglich um eine bessere Vergleichbarkeit mit der Gesamtabrechnung zu ermöglichen, liste sie die geltend gemachten Forderungen der Anlage A zur Widerklage und der Anlagen 1 bis 3 der Berufung nunmehr insgesamt als Anlagen R neu auf, während der Komplex AWO-P. als Anlage 7 der Berufung unverändert gelte.	47
Soweit die Rechnungen nicht als Anlagen R beilägen, sei die Vereinnahmung durch den Kläger mittels Buchungsunterlagen oder Zeugenaussagen zu belegen.	48
Die Forderungen stellt sie in folgende Reihenfolge:	49

AWO-P. 1992	1.030.050,00 DM,	50
AWO-P. 1993	209.300,00 DM,	
im Jahre 1991 auf GmbH-Papier vereinnahmte Honorare	204.916,97 DM.	

Bei letzterer Position habe sie bei Neumandaten nur 70 % mit 148.922,49 DM, bei den Altmandaten die vollen Beträge mit nunmehr 55.994,18 DM im Gegensatz zur früheren Berechnungsweise der Berufungsbegründung einbezogen. 51

Im Jahre 1992 auf GmbH-Papier vereinnahmte Honorare	6.384,00 DM.	52
---	--------------	----

Hier seien die Rechnungen R 58 und R 64 zu 70 % berücksichtigt. 53

Im Jahre 1991 auf privatem Papier des Klägers vereinnahmte Honorare	14.820,00 DM.	54
---	---------------	----

Die Honorare betrafen die Anlagen R 13 bis R 15, wobei sie für die beiden erstgenannten als Altmandate den vollen Betrag, für die letztgenannten 70 %-Anteil beanspruche. 55

Im Jahre 1992 auf privatem Papier des Klägers vereinnahmte Honorare	104.685,69 DM.	56
---	----------------	----

Hier lägen zugrunde die Rechnungen R 44 bis R 66 gegenüber Neumandanten mit 70 %, denen ebenfalls keine Selbst-kostenblatтарbeiten zugrunde gelegen hätten. 57

Ebenso aus dem Jahre 1993 mit 59.152,18 DM. 58

Die Rechnungseinzüge und Zahlungsnachweise ergäben sich aus den Anlagen R 67 bis R 91, wobei die Zahlung R 67 a ein Altmandat betreffe und im übrigen keinem der Vorgänge Selbst-kostenblatтарbeiten des Klägers zugrunde gelegen hätten. 59

Aus Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Honorarzahllungen, die der Beklagten zugestanden hätten, ergäben sich bei 70 %-igem Anteil für 1991 weitere 23.830,11 DM, für das Jahr 1992 weitere 2.394,00 DM und für das Jahr 1993 weitere 9.625,00 DM. Insgesamt errechnet die Beklagte so 1.665.157,65 DM. 60

Hilfsweise stützt sie ihre Widerklage auf ihr zustehende Honorare aus dem Jahre 1990, die der Kläger mit insgesamt 91.687,00 DM auf seine Konten vereinnahmt habe. Aus Buchführung ergäben sich 41.517,84 DM für die Mandate K., T., G., H., H., D., F., B. Land, D. und S., wobei nur die drei letztgenannten Neumandate mit 70 % oder 15.920,00 DM, die übrigen als Altmandate voll mit 18.775,00 DM ihr zustünden. 61

Die Zahlungen über restliche 81.240,00 DM, von welchen sie 70 %-Anteile mit weiteren 56.994,00 DM beanspruche, ergäben sich aus den Anlagen R 82 bis R 91, deren handschriftliche Zuordnungsvermerke von der Sekretärin des Klägers, Frau N., stammten. 62

Ferner stützt die Beklagte ihre Widerklage hilfsweise auf vom Kläger vereinnahmte Buchführungshonorare der Monate Februar und März 1989 sowie vereinnahmte Jahresabschlußpauschalen von insgesamt 80.367,84 DM. Die genannten Beträge habe der Kläger auf sein Konto vereinnahmt, obwohl die beklagte GmbH die Arbeiten ausgeführt habe. 63

Weiter stützt die Beklagte hilfsweise ihre Widerklageforderung auf im Jahre 1989 für den Kläger getätigte Aufwendungen von 157.860,99 DM.

Im Jahre 1990 habe sie für den Kläger Zahlungen von 44.870,89 DM etwa für Benzinrechnungen sowie an Vergütungen für dessen Angestellte geleistet, im Jahre 1991 für ihn Aufwendungen von 43.750,15 DM gemacht, desgleichen Personal- und Sachaufwendungen für 1992 in Höhe von 55.200,00 DM und für 1993 von 45.000,00 DM.

Dazu komme noch der Rest des nicht vollständig abgelösten Darlehens der Kreissparkasse K. aus dem Jahre 1990 mit weiteren 170.000,00 DM.

Wegen des Zinsanspruches verweist die Beklagte auf die Inanspruchnahme von Bankkrediten, ferner auf entsprechende Anlageverluste.

Die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des Versäumnisurteils vom 14. Mai 1996 und Aufhebung des Teilurteils des Landgerichts K. vom 15. März 1995 den Kläger zu verurteilen, an sie 1.607.999,07 DM nebst 12,5 % Zinsen seit dem 4. März 1994,

hilfsweise,

an sie 1.622.949,07 DM nebst 12,5 Zinsen seit dem 4. März 1994 zu zahlen.

Der Kläger beantragt,

das Versäumnisurteil aufrechtzuerhalten.

Er widerspricht einer Klageänderung, beruft sich auf Verspätung, hält die Beschlußfassung vom 20. Mai 1996 für unzureichend und bestreitet, daß die "Gesamtabrechnung" der Beklagten den Anforderungen des landgerichtlichen Teilurteils vom 10. August 1994 gerecht werde. Der Kläger bezweifelt die Richtigkeit der Abrechnung und macht geltend, er könne sie so nicht nachvollziehen. Beispielsweise beträfen im Jahre 1990 die Zahlungen K. VZ-JA bis S. Selbstkostenblätter. Ob er die dort ausgewiesenen Zahlungen auch tatsächlich erhalten habe, könne er aber ohne die bei der Beklagten befindlichen Buchhaltungsunterlagen weder bestätigen noch dementieren.

Offenbar habe die Beklagte Rechnungserstellungen addiert, wobei aber maßgeblich sei, welche Beträge tatsächlich kassiert worden seien. Er könne sich erinnern, der Firma Sch. zwei Rechnungen erstellt zu haben, offenbar mit den genannten Beträgen der Anlagen R 48 und R 50 im Jahre 1992. Diese Beträge habe er jedoch nicht erhalten. Ebenso verhalte es sich mit den Rechnungen Firma H. der Anlage R 65 und H. der Anlage R 64 aus dem Jahre 1992.	
Ob er im Jahre 1992 tatsächlich 1.030.000,00 DM von der AWO-P. als 70 %-igen Anteil erhalten habe, könne er nicht bestätigen.	84
Im Jahre 1993 seien die angeblichen Zahlungen der Mandanten S. bis Sch. (Anlagen R 67 bis R 81) ebenfalls nicht geflossen. So liege er beispielsweise mit dem Altenzentrum S. (Anlage R 76) im Streit, habe den Betrag nicht erhalten.	85
Die Zahl 209.300,00 DM an AWO-Zahlungen für 1993 seien nicht nachvollziehbar, zumal die Rechnungen nicht mit Daten aufgelistet und so nicht überprüfbar seien.	86
Schließlich rügt der Kläger, daß nach seiner Ansicht die Beklagte weitere ihm zustehende Ansprüche in der Gesamtabrechnung nicht beachtet habe, ferner nicht inzwischen von der Beklagten im Prozeßwege erlangte anderweitig bereits titulierte Beträge.	87
Der Senat hat Beweis erhoben über die Frage der vereinbarten Vergütungshöhe durch Vernehmung der Zeugen N., C., W. und Sch.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften vom 14. und 19. März 1997, wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst aller Anlage Bezug genommen.	88
Die beigezogenen Akten 16 U 111/94, 4 U 9/94 und 4 U 10/94, allesamt Oberlandesgericht K., lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	89
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	90
Der zulässige Einspruch der Beklagten führt zur Abänderung des im Tenor genannten Versäumnisurteils des Senats, weil die in formeller Hinsicht einwandfreie Berufung der Beklagten teilweise gerechtfertigt ist.	91
Aus AWO-Honorareinnahmen schuldet der Kläger der Beklagten 348.934,49 DM, aus den Honorareinnahmen von übrigen Mandanten schuldet er ihr 18.044,62 DM.	92
I.	93
Die mit der Widerklage verfolgten Ersatzansprüche der Beklagten sind im Sinne des § 46 Nr. 8 GmbHG klagbar, weil die Gesellschafter der Beklagten jedenfalls zwischenzeitlich durch schriftlichen Gesellschafterbeschluß vom 20. Mai 1996 und damit vor Schluß der letzten mündlichen Verhandlung entsprechende Anspruchsverfolgung gegenüber dem Kläger einstimmig beschlossen haben. Die schriftliche Abstimmung war nach der Satzung (§ 8 des Gesellschaftsvertrages) bei Beteiligung aller Gesellschafter - wie hier - zulässig und einwandfrei erfolgt. Diese Grundsätze gelten auch für die Liquidationsgesellschaft bis zu deren Beendigung (§ 69 Abs. 1 GmbHG; vgl. Meyer-Landrut, GmbHG, § 69 Rdz. 7).	94
II.	95
AWO-Mandate:	96

Hier stehen der Beklagten rechnerisch 348.934,49 DM zu. Dabei kann auf sich beruhen, ob der Kläger bei Vereinnahmung der AWO- Honorare pflichtwidrig handelte, was angesichts der Darstellung der Beklagten, sie habe bis Mitte 1993 die Honorareinzahlung durch den Kläger letztlich geduldet, eher fernliegt. Denn jedenfalls schuldet der Kläger die Auszahlung der zu Unrecht erhaltenen Honoraranteile aus Vertragsabrede (§ 305 BGB). Auch bei 110 % Honoraranteil des ersten Jahresumsatzes ist der Kläger unter Berücksichtigung gewisser Gegenforderungen im genannten Umfang überzahlt.	97
1)	98
Unstreitig und nach eigenem Zugeständnis der Beklagten (Bl. 47 Gerichtsakten) gebührten dem Kläger 110 % des ersten Jahresumsatzes der Neumandate an Provision. Die Beklagte hat eine Vereinbarung durchgehender Honoraraufteilung von nur 30 % für den Kläger demgegenüber nicht zur Überzeugung des Senats zu beweisen vermocht.	99
Der Zeuge W., seinerzeit Büroleiter der beklagten GmbH, konnte aus eigener Kenntnis Angaben zu Provisionsabreden nicht machen. Er hatte nach der Erklärung des Zeugen C. den Eindruck, aufgrund der Besprechung vom 20. Februar 1992 sei eine Regelung 70 % : 30 % getroffen.	100
Die Zeugin Sch., die der Senat vorsorglich erneut gehört hat, konnte nur Angaben über eine Unterredung vom 16. Dezember 1992 machen. Bei dieser Besprechung haben die übrigen Gesellschafter und der Kläger die Vergütungsregelung kontrovers diskutiert. Ein Einverständnis des Klägers mit einer Vergütung von nur 30 % konnte die Zeugin dagegen nicht bestätigen.	101
Der Zeuge N., Mitarbeiter der Kreissparkasse K., den die damaligen Gesellschafter W., C. und F. der beklagten GmbH am 20. Februar 1992 zu einem Finanzierungsgespräch aufsuchten, konnte eine Honorarvereinbarung nicht bestätigen. Er hat angeregt, daß die Gesellschafter sich nach erfolgter Verständigung über die Zahlungseingänge bei ihm rückmelden sollten. Dazu ist es nach Darstellung des Zeugen nicht gekommen.	102
Auch der Zeuge C. hat keine konkreten Tatsachen bekunden können, aus denen sich die Vereinbarung einer 30 %-igen Provision für den Kläger zuverlässig herleiten läßt. In den Räumen der Sparkasse ist nach seiner Aussage ein entsprechender Vorschlag erörtert worden. Zwar hat der Zeuge weiter bekundet, nach seiner Erinnerung sei über die Aufteilung 70 % : 30 % bei der Besprechung eine endgültige Einigung erzielt worden.	103
Der Senat hat jedoch erhebliche Zweifel am zuverlässigen Erinnerungsvermögen des Zeugen, der nach Vorhalt der Bekundung des Zeugen N. eingeschränkt hat, in den Praxisräumen der GmbH sei dann noch weiter gesprochen worden. Dort habe der Kläger erklärt, daß er mit 30 % Provision zufrieden sei. Der Zeuge hat insbesondere hervorgehoben, daß der Kläger nur bei Zahlungsabwicklung der AWO-Honorare über ein gesondertes Konto bei der Kreissparkasse K. sein Mißtrauen habe aufgeben können.	104
Der Senat vermochte dem Zeugen C. nicht zu folgen. Abgesehen davon, daß der Zeuge C., an den ein nicht unerheblicher Teil von Honorarzahleungen der AWO-P. am 13. September 95 abgetreten ist, ein Interesse am Verfahrensausgang hat, hat das vom Zeugen C. schließlich bekundete Einverständnis des Klägers keine innere Wahrscheinlichkeit für sich. Denn alle Indizien sprechen eher gegen eine solche Provisionsabrede in den Praxisräumen der GmbH. So haben sich die Beteiligten der Besprechung vom 20. Februar 1992 weder bei dem Zeugen N. wie vorgesehen rückgemeldet, noch ist das vom Zeugen C. angesprochene besondere	105

Konto für die Aufteilung der AWO-Honorare bei der Kreissparkasse K. in der Folge eingerichtet worden.

Alle drei Gesellschafter haben noch am selben Tage - davon muß der Senat ausgehen - die Vereinbarung über die Anspruchsberechtigung bezüglich der Honorare gegenüber Neumandanten seit Gründung der GmbH getroffen (Bl. 226 Gerichtsakten), ohne den Verteilungsmaßstab zu erwähnen. Hätten sie die seit langem höchst streitige Honoraraufteilung an diesem Tage bei oder nach der Besprechung mit dem Zeugen N. endlich abschließend geregelt, hätte nichts näher gelegen, als auch diese Aufteilungsregelung in der Vereinbarung vom 20. Februar 1992 schriftlich festzuhalten. 106

Weiter hat die Zeugin Sch. noch in der Besprechung vom 16. Dezember 1992 insbesondere die Provisionsaufteilung AWO-P. als höchst streitig erlebt und bekundet, daß die übrigen Gesellschafter den Kläger zu überzeugen suchten, aus wirtschaftlicher Vernunft nicht auf einer 110 %-Regelung zu beharren. Dessen hätte es aber nicht bedurft, wenn bereits am 20. Februar 1992 eine abschließende Einigung - wie vom Zeugen C. geschildert - erfolgt wäre. Dann hätte es vielmehr nahegelegen, den Kläger auf die entsprechende Aufteilungsvereinbarung 70 % : 30 % vom 20. Februar 1992 zu verweisen. 107

Schließlich steht auch das tatsächliche Abrechnungsverhalten der Beteiligten im Jahre 1992 dem entgegen, zog doch der Kläger in diesem Jahr noch alle AWO-Forderungen ein, was schon angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Honorarzahlgungen für die GmbH von Anfang an nicht verborgen geblieben sein kann. 108

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme konnte der Senat nicht die hinreichende Überzeugung gewinnen, der Kläger habe sich am 20. Februar 1992 oder aber am 16. Dezember 1992 mit einer Provision von 30 % der Umsätze der Neumandanten - rückwirkend ab 1. März 1989 - einverstanden erklärt. Die von den Zeugen geschilderten wirtschaftlichen Zwänge lassen es in gleicher Weise plausibel erscheinen, daß entsprechend dem Vortrag des Klägers die ursprüngliche Provisionsabrede nur aus Gründen der Liquidität der GmbH mit der Besprechung am 16. Dezember 1992 "gestreckt" wurde. 109

2) 110

Auf die ihr zustehenden Honoraranteile hat die Beklagte entgegen der abweichenden Auffassung des Klägers durch ihre Zurückhaltung gegenüber der AWO-P. nicht verzichtet. Dem steht nämlich schon das Schreiben des erstinstanzlichen Rechtsanwaltes Dr. B. der Beklagten vom 11. September 1992 (Anlage 8 der Berufungsbegründung) entgegen, in welchem der Kläger aufgefordert wurde, privates Inkasso der Forderungen AWO-P. zu unterlassen. Auf die Abtretungserklärung vom 27. Dezember 1991 (Bl. 30 der Akten 4 U 10/94 Oberlandesgericht K.) kann sich der Kläger ebenfalls nicht stützen, zumal die Abtretung ausweislich der Erklärung des Klägers vom 30. Dezember 1991 (Bl. 89 der genannten Akten) nur sicherungshalber erfolgte. Überdies war sie durch die bereits erwähnte Vereinbarung der Parteien vom 20. Februar 1992 überholt, nach welcher sämtliche Ansprüche auf Steuerberaterhonorar gegen alle neuen Mandanten der GmbH seit 1. März 1989 der GmbH zustehen sollten. Daß es sich bei dieser unstrittig mit seiner Unterschrift versehenen Urkunde um eine Blankettfälschung handele, hat der Kläger nicht in zulässiger Weise unter Beweis gestellt. Die von ihm unter Beweis gestellte Behauptung, seine Sekretärin habe in ihrem Schreibtisch Berichtsbögen mit seiner Blankounterschrift aufbewahrt, läßt keinen zwingenden Schluß dahin zu, ein solcher Bogen sei abredewidrig zur Herstellung der Urkunde vom 20. Februar 1992 benutzt worden. 111

Der Inhalt des Vergleichs vom 8. April 1994 im Verfahren 4 U 10/94 Oberlandesgericht K. steht dem Anspruch der Beklagten schon deshalb nicht entgegen, weil die Beklagte die vorzunehmende Gesamtabrechnung - wie noch darzulegen ist - zwischenzeitlich vorgelegt hat.

3) 113

Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten betrug der Jahresbruttoumsatz mit der AWO-P. 1992 insgesamt 1.574.100,00 DM (Bl. 596, 597 Gerichtsakten). Zutreffend weist der Kläger darauf hin, daß eine 110 %-ige Beteiligungsquote hiervon insgesamt 1.731.510,00 DM betragen hätte. 114

Zunächst unwidersprochen hat der Kläger hierauf die Zahlungen aus dem Jahre 1992 bis auf 71.820,00 DM aus einer sogenannten Spitzabrechnung der Beklagten erhalten, also 115
1.502.280,00 DM. Er hat ferner aus den Abrechnungen Januar bis Mai 1993 Beträge von 5 x 149.500,00 DM = 747.500,00 DM zu 30 % mit 224.250,00 DM erhalten, schließlich die Juniabrechnung, die Juliabrechnung und die Dezemberabrechnung 1992 mit je weiteren 149.000,00 DM. Schlußendlich sind dem Kläger ausweislich der Verfahrensakten 4 U 20/95 Oberlandesgericht K. aus dem Teilbetrag des AWO-Vergleichsbetrages von 205.200,00 DM weitere 20 % mit 41.040,00 DM zugeflossen. Das sind insgesamt Zahlungen von 2.214.570,00 DM.

Soweit der Kläger erstmals nach Erlaß des Versäumnisurteils des Senats meint, er könne 116
diese Zahlungen nicht bestätigen, ist dieses Bestreiten unzulässig. Der Kläger kann sich hierauf nicht mit Nichtwissen erklären, weil er sich über den Zahlungsfluß auf seine Konten konkret vergewissern kann und muß, hierzu auch nach Vorlage der Einspruchsbegründung der Beklagten vom Senat ausreichend Zeit erhalten hat.

Bei dem ihm zustehenden Honorar von 110 % mit 1.731.510,00 DM bedeutet der dargestellte 117
Zahlungsfluß eine rechnerische Überzahlung des Klägers von zunächst 483.060,00 DM.

4) 118

Soweit die Beklagte einen Schadensersatzanspruch gegen den Kläger wegen eines 119
anteiligen Betrages von 79.800,00 DM aus der Rechnung vom 21. Dezember 1992 für den Monat November 1992 an den Liquidator W. und den Zeugen C. unter dem 13. September 1995 (Bl. 822, 851 Gerichtsakten) abgetreten hat, schmälert dies ihren hier ermittelten Anspruch nicht. Dieser Schadensersatzanspruch besteht nicht; denn der Betrag gebührt nach den obigen Darlegungen dem Kläger, dem jedenfalls im Jahre 1992 alle in diesem Zeitabschnitt vereinnahmten Honorarzahungen der AWO-P. zustanden, so daß die Abtretung ins Leere geht.

Aus dem Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts K. vom 16. September 1996 120
(Aktenzeichen 16 U 111/94) ergibt sich hingegen, daß die Beklagte auf Darlehensschulden gegenüber dem Kläger von 56.369,20 DM nebst Zinsen und einem weiteren Darlehensbetrag von 30.840,91 DM einen Teilbetrag von weiteren 22.096,47 DM, insgesamt also 79.800,00 DM aus der Honorarrechnung AWO-P. vom 17. September 1992 anderweitig verrechnet hat. Dieser Betrag ist abzuziehen, so daß die Beklagte folgerichtig mit Schriftsatz vom 23. Dezember 1996 ihren Widerklageanspruch hierauf nicht mehr stützt. Das reduziert ihre Forderung auf zunächst rechnerisch 403.260,00 DM.

Des weiteren ergibt sich aus dem vorgenannten Urteil des Oberlandesgerichts Köln, daß auch die Rechnung für März 1993 über 149.500,00 DM mit einem weiteren Teilbetrag von 9.325,51 DM aus dem hier in die Berechnung eingeflossenen Anteil von 104.650,00 DM in Anrechnung gebracht worden ist. Genannte 9.325,51 DM stellen die restliche Hauptforderung nebst Zinsen aus dem zuletzt genannten Darlehensbetrag von 30.840,91 DM dar und verkürzen den rechnerischen Anspruch der Beklagten weiter auf noch 393.934,49 DM. Zu Recht weist schließlich der Kläger darauf hin, daß ihm nach den Feststellungen des Senats im Urteil vom 2. Juli 1996 (4 U 9/95 Oberlandesgericht K.) gegen den Liquidator W. der Beklagten deshalb kein Darlehensanspruch zusteht, weil der Kläger die Zahlung von 45.000,00 DM im Zusammenhang mit dem AWO-Mandat in P. an die GmbH geleistet habe. Passivlegitimiert insoweit ist also die beklagte GmbH. Dieser vom Kläger konkludent zur Aufrechnung gestellte Betrag ist deshalb hier im Wege der Verrechnung ebenfalls zu berücksichtigen und verkürzt den der Beklagten zustehenden Anspruch auf Auskehrung von Überzahlungen aus dem AWO-Mandat auf noch restliche 348.934,49 DM. Daß die Gegenforderung des Klägers anderweitig durch Übertragung verbraucht sei, wie die Beklagte unkonkret einwendet, hat sie darzulegen und zu beweisen, da sie eine rechtsvernichtende Einwendung gegen die Aufrechnung vorbringt (vgl. dazu BGH in WPM 86, 537). Dem ist die Beklagte nicht gerecht geworden.

Wegen eines Darlehensbetrages von 25.414,54 DM aus dem Verfahren 4 U 21/95 122
Oberlandesgericht K. wird auf die Ausführungen unten zu Ziffer III 6) im Zusammenhang mit den übrigen Mandaten verwiesen.

Weitere Gegenforderungen stehen dem Kläger nicht zu. 123

Weshalb die Beklagte etwa für vom Kläger an die AWO-P. gezahlte "Spenden" von 10.000,00 124
DM für ein Schulboot, von weiteren 10.000,00 DM Aufwendungen für eine Musikkapelle und schließlich weiteren 11.111,00 DM anlässlich einer Dankesfeier am 11. November 1992 in B. eintreten soll (Bl. 751, 801 Gerichtsakten) ist in keiner Weise schlüssig dargetan. Der bestrittene Vortrag des Klägers, es habe sich insoweit um eine vertragliche "Rückvergütung" an die AWO-P. gehandelt, ist unsubstantiiert, das Beweisanerbieten durch Zeugnis des Herrn B. ersichtlich auf unzulässige Ausforschung etwa erheblicher Tatsachen gerichtet.

Ersatzansprüche aus einem Auftrag Stadt G. über 33.000,00 DM (Bl. 753, 802 Gerichtsakten) 125
sind unschlüssig. Eine Pflichtverletzung der Beklagten ist nicht überprüfbar dargetan, insbesondere nicht unter Beweis gestellt, daß der Beklagten der Auftrag vom Kläger weitergegeben, ihr vor Bekanntgabe der Kündigung vom 26. Oktober 1993 ein entsprechendes Mandat bekannt wurde. Entsprechend fehlt es auch an einer schlüssigen Darlegung des behaupteten Schadens, abgesehen davon, daß der Kläger hier etwaige Provisionsansprüche aus Akquisition und entgangene Honoraransprüche aus (eigenen) Selbst-kostenblatтарbeiten nicht unterscheidet. Es hätte zumindest einer nachvollziehbaren Darlegung des Auftragsvolumens und der sich daraus ergebenden konkreten Honoraransprüche bedurft. Der erforderliche Tatsachenvortrag zur schlüssigen Schadensbeziehung kann nicht durch Zeugenbeweis W. ersetzt werden.

20.000,00 DM aus dem Urteil des Landgerichts K. vom 15. März 1995 (26 O 252/94 126
Landgericht K. = 4 U 20/95 Oberlandesgericht K.) kann der Kläger nicht verrechnen, weil er nach eigenem Vorbringen nicht mehr Forderungsinhaber ist (Bl. 803 Gerichtsakten). Er hat die Forderung abgetreten. Im übrigen resultiert sie aus einem Vergleich der Parteien vom 8. April 1994 im Verfügungsverfahren 4 U 10/94 Oberlandesgericht Köln über die vorläufige Zuordnung der AWO-Honorare. Da über deren endgültige Zuordnung hier entschieden wird, kann der genannte Betrag nicht gesondert (doppelt) in Ansatz gebracht werden.

Unkonkret eingewandte Mietzinszahlungen kann der Kläger nicht gegenrechnen. Der Hinweis auf ein Urteil des Landgerichts Köln im Rechtsstreit der Vermieter gegen den Kläger (Bl. 758 Gerichtsakten) ersetzt nicht den erforderlichen Tatsachenvortrag. Im übrigen ist weder nachvollziehbar dargetan noch sonst ersichtlich, weshalb die beklagte GmbH für eine etwaige Übernahmeverpflichtung der Liquidatoren W. und Sch. bezüglich der mietvertraglichen Pflichten des Klägers einzustehen hätte. 127

Unschlüssig ist schließlich der Hinweis des Klägers auf Überschüsse von 62.940,80 DM für 1989 (Bl. 745 Gerichtsakten) und von 88.570,09 DM für 1990 (Bl. 746 Gerichtsakten). Dabei handelt es sich ersichtlich nur um Rechnungsposten der Gesamtabrechnung der Beklagten, nicht dagegen um ein Anerkenntnis der Beklagten, dem Kläger entsprechend verpflichtet zu sein. Ein entsprechender Anspruch ist vom Kläger in keiner Weise überprüfbar dargetan oder belegt. 128

5) 129

Auf ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) wegen seines im Verfahren 26 O 430/93 Landgericht K. rechtskräftig titulierten Gegenanspruches auf Rechnungslegung bezüglich aller von ihm vermittelten Neumandate der Beklagten kann sich der Kläger nicht (mehr) berufen. Zwischenzeitlich jedenfalls hat die Beklagte mit ihrer Einspruchsschrift vom 5. Juli 1996 eine Gesamtabrechnung vorgelegt, die eine Aufstellung der nach dem 1. März 1989 zustande gekommenen und vom Kläger vermittelten Mandatsverhältnisse mit Einnahmen der Jahre 1989 bis 1993, Namen und Anschriften der Mandanten sowie den Tag des Vertragsabschlusses enthält. Die Rechnungslegung entspricht damit entgegen der abweichenden Auffassung des Klägers dem Teilurteil des Landgerichts vom 10. August 1994 im vorgenannten Verfahren. Daß die Auskunft möglicherweise in Einzelpunkten ergänzungsbedürftig ist und mit den Vorstellungen des Klägers nicht in Einklang steht, ändert nichts daran, daß sie den dort titulierten Anspruch erfüllt. Sie ermöglicht es dem Kläger, sich substantiiert mit den einzelnen Rechnungsposten auseinanderzusetzen und so seinerseits etwaige Gegenforderungen zu ermitteln. Hierzu hat der Kläger - wie bereits ausgeführt - auch ausreichend Gelegenheit gehabt, so daß dem bislang gerechtfertigten Auskehranspruch der Beklagten etwaige Gesichtspunkte von Treu und Glauben nicht mehr entgegenstehen; denn nach dem Vorbringen des Klägers zur Widerklageforderung ist nicht ersichtlich, daß ihm - abgesehen von den bereits behandelten Gegenansprüchen - seinerseits Forderungen zustünden, die dazu führen müßten, daß die Beklagte sogleich einen Teil ihres dargestellten Anspruches wieder an den Kläger auszukehren hätte. Derartiges hätte der Kläger darzulegen und zu beweisen. Dem ist er mit seinem Vorbringen auf die erteilte Abrechnung der Beklagten nicht gerecht geworden. Insbesondere hat der Kläger die behauptete Tragung von Lasten der GmbH nicht überprüfbar dargetan und belegt. 130

Übrige Mandate: 131

Insoweit kann die Beklagte vom Kläger lediglich insgesamt 18.044,62 DM beanspruchen, entweder weil der Kläger auf GmbH-Vordrucken als alleinvertretungsberechtigter Gesellschafter- Geschäftsführer für die Beklagte wirksame Rechnungseinzüge vornahm (§ 816 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder unter Mißachtung des allgemeinen Verbotes, zur Beklagten in Wettbewerb zu treten, auf eigene Rechnung deren steuerberatende Tätigkeit wahrnahm und damit in Kenntnis aller Umstände deren Geschäfte im eigenen Interesse geführt hat (§§ 687 Abs. 2, 681 Satz 2, 667 BGB). Denn nach den Umständen steht zur Überzeugung des Senats fest, daß dem Kläger erst in der Gesellschafterversammlung vom 24. Januar 1992 neben der Möglichkeit der Abhaltung von Seminaren auch die Bearbeitung von Selbstkostenblättern (Bewertungsgrundlage für Pflegesätze in Altenheimen) auf eigene 132

Rechnung gestattet worden ist.

- 1) 133
- Die beweislos vorgetragene Behauptung des Klägers, mit der Rechnungserstellung sei es seinerzeit nicht so genau genommen worden, entlastet ihn nicht. Vieles spricht dafür, die im Praxisübernahmevertrag vom 21. Februar 1989 unter Ziffer 4) enthaltene Konkurrenzklausel hinsichtlich der Betreuung von Altenheimen sinngemäß auch auf das Verhältnis des Klägers zur beklagten GmbH auszudehnen. Unstreitig machte die Anfertigung von Selbstkostenblättern, auf die der Kläger spezialisiert ist, einen wesentlichen Bestandteil seiner auf die Erwerber W. und C. übertragenen Steuerberaterpraxis aus. Der Übernahmevertrag erstreckte sich auch auf Mandatsverhältnisse mit Selbstkostenblatтарbeiten. Ansonsten hätte es nahegelegen, diesen Tätigkeitsbereich ausdrücklich auszunehmen. Da am selben Tage - wie geplant - die GmbH gegründet wurde, unstreitig noch dazu im Wege der Kreditaufnahme, machte es keinen Sinn, wenn der Kläger nur für eine gedankliche Sekunde den Erwerbern keine Konkurrenz machen durfte, gleichzeitig aber deren Gesellschaft durch Konkurrenz im Altenheimbereich wirtschaftlich hätte schwächen dürfen. Vielmehr indiziert die aufgezeigte Verknüpfung der am selben Tage geschlossenen Verträge zur Praxisübernahme und Gründung der GmbH, daß der Kläger auch der GmbH im genannten Geschäftsbereich keine Konkurrenz machen sollte.
- 134
- Im übrigen ist anerkannt, daß auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung im GmbHG aufgrund der Treuepflicht des Gesellschafter-Geschäftsführers - wie bei der Aktiengesellschaft (§ 88 AktG) und der Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 284 AktG) - diesem während seiner Amtszeit verboten ist, im Geschäftszweig der GmbH Geschäfte zu machen (vgl. Meyer-Landrut, a.a.O., § 340 Rdn. 23; Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 7. Aufl., Seiten 341 bis 343).
- 135
- 2) 136
- Auch die Erstellung von Selbstkostenblättern für die vom Kläger betreuten Altenheime war Konkurrenztätigkeit im Verhältnis zur Beklagten. Erstmals zweitinstanzlich meint der Kläger, der von ihm bearbeitete Bereich Selbstkostenblätter sei Wirtschaftsprüfertätigkeit und deshalb keine Konkurrenz zur Steuerberaterpraxis der Beklagten. Dabei verkennt er, daß Gegenstand der Geschäfte der beklagten GmbH nach § 2 ihres Statutes die nach dem Steuerberatungsgesetz zulässigen Tätigkeiten sind, insbesondere auch betriebswirtschaftliche Beratung. Daß die Selbstkostenblattberechnung nicht in den Tätigkeitsbereich von Steuerberatern gehöre, behauptet der Kläger selbst nicht konkret, steht im übrigen mit seinem eigenen Abrechnungsverhalten in Widerspruch. Denn die Rechnungen nach Anlage A zur Widerklage beispielsweise, die nach dem Vorbringen des Klägers (Bl. 88 ff. Gerichtsakten) Selbstkostenblätter betreffen, sind nach der Steuerberatergebührenordnung erstellt.
- 137
- 3) 138
- Das vom erstinstanzlichen Bevollmächtigten des Klägers Rechtsanwalt A., gefertigte Protokoll vom 24. Januar 1992 (Bl. 205 Gerichtsakten) belegt entgegen der abweichenden Auffassung des Klägers nicht seine rückwirkende Befreiung vom Konkurrenzverbot. Zwar war hier - da kein statuarisches Konkurrenzabkommen, sondern nur ein schuldrechtliches zwischen dem Kläger und den übrigen Gesellschaftern aus dem Praxisübernahmevertrag bestand, - eine Abänderung durch Gesellschafterbeschluß, namentlich durch einstimmigen (Ziffer 5) des Protokolls) möglich (vgl. Meyer-Landrut, a.a.O.; Gaul in GmbH-Recht 91, 144,
- 139

145). Jedoch ist nur hinsichtlich der Seminare ein rückwirkender Dispens belegt, weil der Kläger diese "auch weiterhin" veranstalten kann. Die Formulierung bezieht sich dagegen nicht auf Selbstkostenblätter, zu deren Erstellung der Kläger "auch berechtigt" ist. Das belegt schon sprachlich keinen rückwirkenden Dispens, eine Befreiung vom Konkurrenzverbot auch schon im Jahre 1991. Die dargelegte Interessenlage der Parteien und vor allem das Rechnungsgebahren des Klägers sprechen eher gegen einen entsprechenden Dispens vor dem 24. Januar 1992. Alle in der Anlage A zur Widerklage vorgelegten Rechnungen für 1991 hat der Kläger nämlich auf GmbH-Papier erstellt, während er folgerichtig ab 1992 dann im eigenen Namen abgerechnet hat.

4) 140

Soweit die Beklagte dagegen nunmehr bestreitet, daß der am 24. Januar 1992 protokollierte Dispens in dieser Form beschlossen sei, steht dem ihr erstinstanzliches Geständnis (Bl. 216 ff. Gerichtsakten) entgegen, worüber die Parteien am 15. Februar 1995 auch mündlich verhandelt haben (§ 288 ZPO). Dem Zugeständnis, daß die Gesellschafter in Ziffer 5) des Protokolls dem Kläger einen Dispens vom Wettbewerbsverbot erteilt haben, folgt dort eine ausschließlich rechtliche Argumentation ohne Tatsachenvortrag, weshalb der Altenheimbereich nach ihrem Verständnis ausgenommen sei ("Hieraus folgt ..."). Daß die Gesellschafterversammlung dagegen seinerzeit irgendwelche Einschränkungen gemacht habe, ist nicht dargetan. Der Beweisantritt mit dem Zeugen C., es sei "klar", daß sich der erteilte Dispens nicht auf den Altenheimbereich erstreckt habe, ging daher ins Leere, weil er sich ausschließlich auf rechtliche Schlußfolgerungen bezog. An ihr Geständnis ist die Beklagte gebunden, zumal nicht einmal dargetan ist, daß es durch einen Irrtum veranlaßt sei (§ 290 ZPO). 141

Die formalen Bedenken der Beklagten gegen das Protokoll überzeugen nicht. Der Anwalt des Klägers ist einstimmig als Versammlungsleiter gewählt und durfte als solcher das Protokoll führen (vgl. dazu Meyer-Landrut, a.a.O., § 48 Rdn. 15). Das Protokoll dient als Privaturkunde lediglich der Beweisführung und die am Ende vorgesehene Genehmigung - die unstreitig unterblieb - ist kein Wirksamkeitserfordernis für den hier zugestandenen Gesellschaftersbeschuß. 142

5) 143

Gleichwohl kann die Beklagte wegen des Komplexes der übrigen Mandate außerhalb AWO-P. ebenfalls nur in geringem Umfang Erfolg haben. Denn nach den zutreffenden Ausführungen des landgerichtlichen Urteils (Seiten 6 bis 8), die sich der Senat insoweit zu eigen macht, hat die Beklagte auch zur Überzeugung des Senats nicht bewiesen, daß die Vergütungsregelung von 110 % für Altmandate am 16. Dezember 1992 oder bei anderer Gelegenheit rückwirkend abgeändert wurde. Die vom Senat erneut gehörte Zeugin Sch. konnte ein Einverständnis des Klägers mit einer rückwirkenden Abänderung der Honorarregelung - wie ausgeführt - nicht bestätigen. Im übrigen hat auch hier die Beklagte im Gegensatz zum neuerlichen Vorbringen zur rückwirkenden Abänderung der Beteiligungsquote des Klägers wegen der übrigen Mandate erstinstanzlich bereits zugestanden, "für die übrigen Mandate gilt dies (70 % : 30 %) ab dem 1. Januar 1993" (Bl. 390, 391 Gerichtsakten). Im Kontext mit dem vorherigen Halbsatz, wonach die behauptete Umsatzbeteiligung für das AWO-Mandat insgesamt gelten sollte, ist diese Erklärung eindeutig. Hierüber haben die Parteien ebenfalls am 15. Februar 1995 mündlich verhandelt, so daß die Beklagte auch an dieses Geständnis mangels erkennbaren Irrtums gemäß §§ 288, 290 ZPO gebunden ist. 144

Es gilt deshalb für alle bis Ende 1992 vom Kläger beigebrachten Neumandate die 110 %-Regelung mit Teilzahlungen von 30 % aus allen eingehenden Honoraren ab 1. Januar 1993 bis zur Gesamthöhe von 110 % der Vergütung der bestehenden vom Kläger geworbenen "Altmandate". Im übrigen gilt für alle Neumandate ab 1. Januar 1993 die Quote von 30 % Kläger : 70 % Beklagte, wie schon im landgerichtlichen Urteil dargelegt.

6) 146

Das führt zu folgender Berechnung: 147

a) Der Kläger hat für 1991 die von der Beklagten substantiiert dargelegten Einnahmen auf GmbH-Rechnungen, Rechnungen des Klägers und aus Buchhaltung nicht bestritten. Da der Kläger nach den obigen Ausführungen in diesem Zeitraum insgesamt nicht in Konkurrenz zur Beklagten treten durfte, stehen alle Forderungen der beklagten GmbH zu. 148

Das sind im Jahre 1991: 149

Gesamtsumme (Bl. 667 Gerichtsakten)	321.023,62 DM,	150
abzüglich Altmandate (Bl. 671 Gerichtsakten)	55.994,18 DM,	
abzüglich Altmandate (Bl. 671 Gerichtsakten)	6.840,00 DM,	
Honorare Neumandate also	258.189,44 DM.	

Eine dem Kläger zustehende Provision von 110 % der Neumandate ergibt 284.008,38 DM und bedeutet im Verhältnis zur Gesamtzahlung von 321.023,62 DM also eine Differenz zugunsten der Beklagten von 37.015,24 DM. 151

Die bereits angesprochene Darlehensforderung von 25.414,54 DM, deren Fälligkeit der Senat im Urkundsverfahren 4 U 21/95 durch das den Parteien bekannte Urteil vom 25. Oktober 1996 festgestellt hat, kann der Kläger hier nicht (erneut) in Abzug bringen. Im genannten Urteil ist entschieden, daß die hier festgestellten Ansprüche der Beklagten aus den Rechnungen R 1 über 7.414,56 DM, R 6 über 11.400,00 DM, R 7 über 4.457,86 DM und R 21 über 6.840,00 DM (eingezogen offenbar nur über 6.270,00 DM) ausreichen, um die Darlehensforderung nebst Zinsen - soweit nicht durch Urteil Amtsgericht Brühl vom 29. Juli 1974 (Aktenzeichen 23 C 821/93) bereits zuerkannt - durch Aufrechnung der Beklagten spätestens zum 8. August 1991 zu Fall zu bringen. Die Wirkung jener Aufrechnung führte im früheren Verfahren lediglich aus prozessualen Gründen nicht zu einer rechtskräftigen Aberkennung der Darlehensforderung, sondern nur zur Abweisung der Urkundenklage. Da sich die Beklagte im hiesigen Verfahren auf die materielle Wirkung ihrer Aufrechnungserklärung wiederholend beruft, was ihr unbenommen ist, ist jener Darlehensanspruch des Klägers aus dem Vertrag vom 19. September 1991 nebst Zinsen erloschen. Folgerichtig macht die Beklagte die genannten Rechnungsbeträge im Umfange von 30.112,42 DM mit der Widerklage nicht mehr geltend (Bl. 786 Gerichtsakten), so daß für 1991 nur restliche 6.902,82 DM zu ihren Gunsten verbleiben. 152

b) 153

Im Jahre 1992 hat der Kläger nach dem Vorbringen der Beklagten nur 9.120,00 DM der Anlagen R 58 und R 64 eingenommen, die nach der Abrede vom 24. Januar 1992 grundsätzlich der Kläger ohne Verstoß gegen das Konkurrenzverbot hätte ausführen können. Da der Kläger jedoch mit den Kunden unter dem Namen der GmbH korrespondiert hat, indiziert das ein Geschäft der beklagten GmbH. Andererseits steht ihm bei der 110 %- 154

Regelung eine Beteiligungsquote von 10.032,00 DM zu, so daß die Beklagte hier nichts verlangen kann. Andererseits kann der Kläger einen Überschuß von rechnerischen 912,-- DM nicht einwenden. Nach eigenem Vorbringen hat er den Rechnungsbetrag Anlage R 64 nicht erhalten, also die Zahlung seit über 5 Jahren - davon muß der Senat mangels anderweitiger hinreichend überprüfbarer Darlegungen ausgehen - weder nachgehalten noch zu realisieren versucht. Der Käger hat deshalb Ausbleiben der Zahlung und mangelnden Umsatz zu vertreten, Provision insoweit also nicht zu beanspruchen. Daß die Beklagte nämlich mit diesem Mandanten noch anderweitige provisionspflichtige Umsätze gemacht hätte, ist nicht überprüfbar dargetan.

Lediglich aus der Anlage R 58 über 3.420,-- DM steht dem Kläger bei der maßgeblichen Quote von 110 % noch ein Restanspruch von (3.762,-- DM abzgl. 3.420,-- DM =) 342,-- DM zu. Dieser aus dem Jahre 1992 überschießende Anspruch des Klägers von dargelegten 342,00 DM verringert also den bislang dargestellten Anspruch der Beklagten auf rechnerisch noch 6.560,82 DM. Denn alle übrigen Rechnungseinzüge im Jahre 1992 sind auf Privatpapier des Klägers erfolgt oder ergeben sich lediglich aus der Buchhaltung. Der Kläger bestreitet eine Tätigkeit im nicht dispensierten Bereich. Bei dieser Sachlage trifft die Beklagte, die sich Zahlungsansprüche gegenüber dem Kläger berührt, die Darlegungs- und Beweislast für ihre Behauptung, der Kläger sei zu Unrecht tätig geworden. Dem wird die Beklagte mit dem Beweisanerbieten durch Vernehmung der Zeugen W., W. und C. ohne nähere Darlegungen der Erkenntnismöglichkeiten dieser Zeugen nicht gerecht. Das Beweisangebot ist ersichtlich auf Ausforschung etwaiger - nicht mitgeteilter - Indiztatsachen ausgerichtet und unzulässig.

c) 156

Entsprechendes gilt für das Jahr 1993, in welchem der Kläger in keinem Falle mehr GmbH-Papier verwendet hat. Es verbleiben nach allem aus dem Hauptvorbringen Überzahlungen des Klägers von zunächst 6.560,82 DM. 157

IV. 158

Hilfsvorbringen: 159

1) 160

Erstmals mit der Einspruchsbegründung führt die Beklagte hilfsweise weitere Ansprüche zur Stützung ihres Widerklageantrags in das Verfahren ein. Sie betreffen andere Streitgegenstände, nämlich zu Unrecht vereinnahmte Honorare aus 1990, angeblich der Beklagten zustehende Buchführungshonorare aus 1989 nebst Jahresabschlußpauschalen, für den Kläger im Jahre 1989 gemachte Aufwendungen von 157.860,99 DM, Zahlungen und Aufwendungen für den Kläger von 44.870,89 DM im Jahre 1990, von 43.750,00 DM im Jahre 1991, von 55.200,00 DM im Jahre 1992 und von 45.000,00 DM im Jahre 1993, schließlich Restdarlehensschulden gegenüber der Kreissparkasse K. von 170.000,00 DM aus dem Jahre 1990. Der Zahlungsantrag der Widerklage ist zwar äußerlich unverändert, der Sachverhalt, auf den die Beklagte hilfsweise ihr Begehren stützt, ist jedoch von dem zunächst in erster Linie Vorgebrachten verschieden. Der Senat wertet das Hilfsvorbringen als nachträgliche Klagenhäufung in Eventualstellung (§ 260 ZPO), denn die Beklagte macht hilfsweise zusätzliche, auf neue Lebenssachverhalte gestützte Ansprüche geltend, ohne ihren prozessualen Berufungsantrag auf Zahlung zu ändern. Eine solche Klagenhäufung ist wie eine Klageänderung zu behandeln (vgl. BGH NJW 57, 543; Zöller/Greger, ZPO, 20. Aufl., § 263 Rdn. 2). 161

Der Klageänderung im Sinne einer Klagenhäufung hat der Kläger widersprochen. Der Senat hält sie nur im ersteren Falle der für 1990 vereinnahmten Beratungshonorare von 91.687,00 DM für sachdienlich. Dieser Anspruch folgt aus einem gleichgelagerten Streitstoff, wie er bislang Streitgegenstand der Widerklage ist, und betrifft lediglich ein anderes Kalenderjahr.

Im übrigen läßt der Senat die Klagenhäufung nicht als sachdienlich zu, weil insoweit neue Sachverhalte, im wesentlichen auf Rückforderung angeblich dem Kläger erbrachter Leistungen, geltend gemacht werden. Es wird auch im übrigen ein völlig neuer Streitstoff zur Beurteilung und Entscheidung gestellt, ohne daß dafür das bisherige Prozeßergebnis verwertet werden könnte. Überdies würde dem Kläger eine Tatsacheninstanz verloren gehen, obgleich sein mit den jetzt eingeführten Ansprüchen korrespondierendes Gesamtabrechnungsbegehren ohnehin in erster Instanz noch anhängig ist. 163

2) 164

Für das Jahr 1990 durfte der Kläger ebenfalls - wie bereits dargelegt - insgesamt nicht in Konkurrenz zur Beklagten treten. Er hat hier unwidersprochen Honorare von insgesamt 91.687,00 DM vereinnahmt, davon 18.775,00 DM auf Altmandate entfallend (Bl. 681 Gerichtsakten). Restliche 72.812,00 DM ergeben bei einer 110 %-igen Vergütungsquote einen Provisionsanspruch des Klägers von 80.203,20 DM und so einen Überschuß der Beklagten aus den erhaltenen Zahlungen des Klägers von noch 11.483,80 DM. Da der Kläger diesem neuerlichen Vorbringen der Beklagten substantiiert nicht begegnet ist, ergeben sich einschließlich der für die Jahre 1991 und 1992 ermittelten 6.560,82 DM insgesamt 18.044,62 DM aus dem Bereich der übrigen Mandate einschließlich Hilfsbegründung. 165

Die Gesamtforderung der Beklagten einschließlich Honorarzahlgungen von 348.934,49 DM aus dem Bereich der AWO-P. beläuft sich demnach auf titulierte 366.979,11 DM. 166

V. 167

Zinsen ab Rechtshängigkeit als Verzugsschaden (§§ 284, 288 Abs. 2, 286 BGB) kann die Beklagte nur in Form eines Anlageverlustes beanspruchen, nachdem der Kläger die behauptete Kreditzinshöhe bestritten hat. Die Beklagte hat nämlich eine Verzinsung des zuerkannten Betrages in der geltend gemachten Höhe (12,5 % jährlich) nicht überprüfbar dargetan und belegt. Die vorgelegten Kontenauszüge (Anlagen 18 zur Einspruchsbegründung) betreffen lediglich wenige Monate, weisen überdies unterschiedliche Zinssätze und vor allem unterschiedliche Kontenstände aus, teilweise sogar Habenstände. Über ein Darlehen E. verhält sich lediglich die schriftliche Erklärung des Liquidators Sch. der Beklagten vom 13. Mai 1996. Zulässigen Beweis hat die Beklagte also nicht erbracht. 168

Andererseits spricht nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Beklagte einen derart hohen Kapitalbetrag - wenn er nicht schon zur Schuldentilgung verwandt worden wäre - nicht ohne gewinnbringende Anlage gelassen hätte. Allerdings erscheint auch die von der Beklagten insoweit behauptete Zinshöhe von nicht belegten 7 % dem Senat nach aller Erfahrung überhöht. Statt dessen schätzt der Senat angesichts der gerichtsbekannten Ertragslage ab März 1994 den für längerfristige Anlagen erzielbaren Zinsertrag auf rund 6 % jährlich (§ 287 ZPO analog). 169

VI. 170

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92 Abs. 1, 344, 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. 171

172

Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt 1.622.949,07 DM.

Beschwer des Klägers: 366.409,11 DM,

173

Beschwer der Beklagten: 1.241.589,96 DM.

174