
Datum: 13.04.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 40/99
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:0413.8U40.99.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 22 O 157/94

Tenor:

Das Versäumnisurteil des Senats vom 25.11.1999 - 8 U 40/99 - bleibt aufrechterhalten. Dem Kläger werden die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung aus diesem Urteil und dem Versäumnisurteil vom 25.11.1999 durch Sicherheitsleistung in Höhe von 1,9 Millionen DM abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leisten. Den Parteien wird gestattet, Sicherheit durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu leisten.

Tatbestand

1

Im September 1990 gründeten der Kläger, die Beklagten zu 1) und 2) sowie weitere Personen eine "Gesellschaft für Stadtentwicklung GbR", die später als "Bauherrengemeinschaft G. GbR" (im folgenden: die Gesellschaft) fortgeführt wurde. Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag wurde am 19.09.1991 gefertigt (Bl. 7 ff. GA). Nach verschiedenen Gesellschafterwechseln sind die Beklagten die derzeitigen Gesellschafter. Zweck der Gesellschaft waren Investitionen in den neuen Bundesländern durch den Erwerb von Grundstücken, die Errichtung von Hochbauten - insbesondere Supermärkten - und deren langfristige Vermietung. Ein solches Supermarktprojekt realisierte die Gesellschaft in A. mit einem erwirtschafteten Gewinn von ca. 1,2 Million DM. Ein ähnliches Projekt war auch in V./Kreis C. geplant, wurde letztendlich aber vom Zeugen Sch., dessen Ehefrau damals noch Gesellschafterin der zwischen den Parteien bestehenden Gesellschaft war, durchgeführt. Wegen dieses Vorgangs wurde die Ehefrau Sch. am 09.09.1992 aus der Gesellschaft ausgeschlossen; sie übertrug ihren Gesellschaftsanteil gegen Zahlung von 300.000,00 DM

2

durch notariellen Vertrag vom 09.10.1992 auf die verbleibenden übrigen Gesellschafter, damals den Kläger und die Beklagten zu 1) und 2).

Der Streit der Parteien betrifft Vorgänge, die mit der Realisierung eines Projektes in G. in Zusammenhang stehen. 3

Am 07.11.1990 schlossen die Gesellschaft und die Stadt G. einen privatschriftlichen Vertrag. Darin verpflichtete sich die Gesellschaft, in G. Nord einen Supermarkt in Leichtbauweise zu errichten, an die Firma P. zu vermieten und dieses Provisorium bis zum 31.12.1993 durch einen Massivbau zu ersetzen. Die Stadt G. verpflichtete sich im Gegenzug, der Gesellschaft ein Kaufangebot für die benötigten Grundstücksteile zu unterbreiten. 4

Das Leichtbau-Provisorium für den Supermarkt wurde vereinbarungsgemäß von der Gesellschaft errichtet und durch Vertrag vom 14.11.1990 an die Firma P. vermietet. Zugleich wurde mit der Firma P. ein Mietvorvertrag für den endgültigen Massivbau abgeschlossen. Ein Verkauf des Grundstücks durch die Stadt G. erfolgte zunächst nicht. 5

In der Folgezeit etwa im Frühsommer 1993 stellte eine "A. Invest B.-K.-GbR" (im folgenden: B.-K.-GbR) einen Bauantrag für einen Supermarkt auf dem fraglichen Grundstück. Der an dieser Gesellschaft beteiligte Gesellschafter B. ist ein langjähriger Mitarbeiter des Zeugen Sch. und ist für die Gesellschaft der Parteien bei der Durchführung des Projektes in A. tätig gewesen. 6

Am 04.10.1993 erwarb der Zeuge Sch. das fragliche Grundstück von der Stadt G. und veräußerte es am selben Tag sogleich an die B.-K.-GbR zum selben Preis. 7

In einer Gesellschafterversammlung vom 16.10.1993 wurde daRAUfhin der Ausschluss des Klägers, dem die Beklagten vorwerfen, für die B.-K.-GbR den Bau des Supermarktes federführend durchgeführt zu haben, aus der Gesellschaft beschlossen. Eine Auseinandersetzungsbilanz zu diesem Stichtag, erstellt von dem Steuerberater Dr. D., weist ein Minus je Gesellschafter in Höhe von 23.053,66 DM auf. 8

Am 17.11.1993 fand das Richtfest für den neu errichteten Supermarkt in G. statt. Aus diesem Anlass übergab der Zeuge Sch. dem Zeugen St., damals Bürgermeister der Stadt G., in Kopie einen überdimensionalen Scheck über einen Betrag in Höhe von 82.000,00 oder 82.500,00 DM, der auf ein Konto des Klägers gezogen war. Für diese Spende wurde am 06.12.1993 eine Spendenquittung zu Gunsten der Firma des Zeugen Sch. und am 24.08.1994 für die B.-K.-GbR durch die Stadt G. ausgestellt. 9

Durch notariellen Vertrag vom 19.11.1993 verkaufte die B.-K.-GbR das bebaute Grundstück an einen Herrn Dr. S.; die Baufertigstellung des Supermarktes wurde fortgesetzt. 10

Wegen aller weiteren Einzelheiten der vorstehend wiedergegeben Vorgänge wird auf die Tatbestände der Urteile des Landgerichts vom 13.06.1996 - 22 O 157/94 - (Bl. 607 ff GA) und des Urteils des Senats vom 24.02.1997 - 8 U 75/96 - (Bl. 769 ff GA) in vollem Umfang Bezug genommen. 11

Mit seiner Klage hat der Kläger ursprünglich die Beklagten auf Erstellung einer Auseinandersetzungsbilanz zum 30.09.1993 und Auszahlung des sich daRAUs ergebenden Guthabens in Anspruch genommen. Die Beklagten haben widerklagend Auskunft über die Realisierung des Projektes in G. sowie Zahlung eines sich hieRAUs ergebenden Schadenersatzes begehrt. 12

Das Landgericht hat die ursprüngliche Klage durch Teilurteil vom 17.11.1993 - 22 O 157/94 - abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat der Senat durch Urteil vom 18.09.1995 - 8 U 1/95 - zurückgewiesen und zugleich die Entscheidung über die hilfsweise vom Kläger begehrte Erstellung einer Auseinandersetzungsbilanz zum 01.10.1993 und Auszahlung eines sich daRAUs ergebenden Guthabens dem Landgericht vorbehalten. Durch bereits erwähntes weiteres Teilurteil vom 13.06.1996 - 22 O 157/94 - hat das Landgericht die Klage insgesamt rechtskräftig abgewiesen und auf die Widerklage hin der Auskunftsklage der Beklagten stattgeben. Die allein gegen die Verurteilung zur Widerklage gerichtete Berufung des Klägers wurde durch das genannte Urteil des Senats vom 24.02.1997 - 8 U 75/96 - im wesentlichen zurückgewiesen. Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision des Klägers hat der Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 09.03.1998 - II ZR 97/97 - nicht angenommen.	13
Das Vollstreckungsverfahren betreffend den Auskunftsanspruch der Widerklage erstreckte sich über etwa 2 Jahre, in deren Verlauf gegen den Kläger zahlreiche Zwangsgelder in beträchtlicher Höhe festgesetzt wurden. Nachdem der Kläger die Auskunft schließlich erteilt und deren Richtigkeit in notarieller Urkunde des Notars R. vom 26.10.1998 (Urk.-Nr.: 1775/1998; Bl. 1188 GA) an Eides Statt versichert hat, machen die Beklagten nunmehr darauf gründend ihren Schadensersatzanspruch geltend. Diesen berechnen sie wie folgt:	14
Erlöse 4.654.769,00 DM	15
abzüglich Kosten des Grundstücks-	16
erwerbs 191.627,75 DM	17
abzüglich Baukosten 2.211.870,10 DM	18
abzüglich Baunebenkosten 272.084,71 DM	19
abzüglich Finanzierungskosten 7.405,81 DM	20
abzüglich Zusatzkosten 20.000,00 DM	21
Gewinn 1.951.780,63 DM	22
davon 2/3 1.301.187,09 DM	23
Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 07.10.1998 (Bl. 1145 ff. GA) Bezug genommen.	24
Die Beklagten haben widerklagend beantragt,	25
den Kläger zu verurteilen, an sie 1.301.187,09 DM nebst 8 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	26
Der Kläger hat beantragt,	27
die Widerklage abzuweisen.	28
Erstinstanzlich hat er dazu die Auffassung vertreten, seine Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft nicht verletzt zu haben. Darüber hinaus hat er die Ansicht vertreten, die Gesellschaft sei durch notariellen Vertrag vom 21.12.1992 an die R. Bauberatungs- und Baubetreuungsgesellschaft mbH übertragen worden. Hinsichtlich des Inhalts dieses Vertrages wird auf die Anlage 1 zum Schriftsatz des Klägers vom 22.12.1998 Bezug	29

genommen. Die nach diesem Vertrag weiter erfolgten Tätigkeiten der Altgesellschafter seien auf deren irri-ge Annahme zurückzuführen, noch gesellschaftsrechtlich verbunden zu sein.

Der Kläger hat behauptet, einen Schadensersatzanspruch der Beklagten sei deshalb nicht entstanden, da die Gesellschaft nicht die Möglichkeit gehabt hätte, das in Rede stehende Grundstück zu erwerben. Der Zeuge Sch. sei zur Übertragung an die Gesellschaft weder bereit noch verpflichtet gewesen. 30

Vorsorglich hat der Kläger zur Schadenshöhe vorgetragen, die Kosten des Zwischenerwerbs durch den Zeugen Sch. in Höhe von insgesamt 6.587,80 DM seien abzuziehen. Wegen der Berechnung wird im Einzelnen auf Bl. 1203 GA verwiesen. Der Zwischenerwerb sei notwendig gewesen, da eine direkte Übertragung des Grundstücks an die Gesellschaft aus politischen Gründen nicht in Betracht gekommen wäre. 31

Weiterhin hat der Kläger behauptet, seine Spende in Höhe von 82.500,00 DM an die Stadt G. sei in Abzug zu bringen, da ein Grundstückserwerb ohne diese Spende auch für die Gesellschaft nicht möglich gewesen wäre. Zudem hätte sie einen um 15 % höheren Preis, somit zusätzlich 320.000,00 DM, an den Generalunternehmer zahlen müssen als die B.-K.-GbR. Wegen der engen Zusammenarbeit zwischen dem Generalunternehmer, der G. Bautechnik GmbH, mit den Zeugen Sch., K. und B. sei dieser den Auftraggebern mit einem Pauschalpreis von 1.820.000,00 DM entgegengekommen. Weiterhin seien Finanzierungskosten in Höhe von 72.974,09 DM entstanden, die ebenfalls zu berücksichtigen seien. 32

Zudem sei Gewerbesteuer in Höhe von 249.690,00 DM abzuziehen, da es sich bei der Veräußerung des Objektes an den Käufer Dr. S. um einen gewerblichen Verkauf gehandelt habe. Die Gewerbesteuer wäre auch bei einem Verkauf durch die Gesellschaft angefallen. 33

Die Gesellschaft hätte keinen Verkaufserlös von 4.585.944,00 DM erzielen können. Sie hätte zum einen nicht die Absicht gehabt, neben der Ladenfläche für den Supermarkt weitere Kleingewerbeeinheiten zu errichten, so dass sich der Kaufpreis um diese Kosten verringert hätte. Zum anderen hätte sie nicht an die Firma P. vermieten und daher auch nicht den selben Verkaufserlös erzielen können. Ersatzmieter hätten nicht zur Verfügung gestanden. 34

Der Kläger hat hilfsweise die Aufrechnung mit einem Betrag von 1.308.993,30 DM erklärt. Dazu hat er die Auffassung vertreten, ihm stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf seinen 1/3 Anteil am Erlös aus dem Verkauf sämtlicher Anteile der Gesellschaft gemäß notariellem Vertrag vom 21.12.1992 an die R. Bauberatungs- und Baubetreuungsgesellschaft mbH zu. Auf seinen Anteil von 1.758.993,30 DM seien erst 450.000,00 DM gezahlt worden, so dass noch 1.308.993,30 DM verblieben. 35

Das Landgericht hat den Kläger durch Schlussurteil vom 22.04.1999 - 22 O 157/94 - auf die Widerklage hin bis auf einen geringen Teil des Zinsanspruchs antragsgemäß verurteilt. Gegen dieses ihm am 03.05.1999 zugestellte Urteil hat der Kläger am 04.06.1999 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 27.09.1999 fristgerecht begründet. Mit seiner Berufung greift er das Urteil unter bestimmten Gesichtspunkten an und macht erneut einen Teil seiner erstinstanzlichen Einwendungen gegenüber dem Widerklageanspruch betreffend Grund und Höhe geltend. Zum Grund wendet der Kläger im Wesentlichen nur noch ein, die Gründung der Gesellschaft sei formunwirksam erfolgt, da bereits bei Gründung die Verpflichtung zum Erwerb bestimmter Grundstücke bestanden habe. Jedenfalls nach der notariellen Veräußerung vom 21.12.1992 an die R. Bauberatungs- und Baubetreuungsges. mbH habe die Gesellschaft zwischen den 36

Parteien nicht mehr bestanden, da sämtliche Geschäftsanteile an die R. veräußert worden seien. Schließlich wendet er zum Grund erneut ein, der Gesellschaft sei der Erwerb des Grundstücks in G. aufgrund eines Beschlusses der Stadt G. vom 15.04.1992 nicht mehr möglich gewesen.

Zur Höhe des Widerklageanspruchs macht der Kläger im Wesentliche nunmehr nur noch geltend, die erforderlichen Eigenleistungen der Gesellschaft bzw. die Kosten einer entsprechenden Drittbeauftragung seien nicht ausreichend berücksichtigt, die Finanzierungskosten seien zu niedrig in Abzug gebracht worden und die Gesellschaft hätte bei eigener Realisierung des Projektes mit anschließender Veräußerung ebenso wie die B.-K.-GbR Gewerbesteuer zahlen müssen. Darüber hinaus macht er erneut die Aufrechnung mit einem angeblichen Anspruch aus dem Verkauf an die R. Bauberatungs- und Baubetreuung mbH geltend. 37

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 25.11.1999 ist der Prozessbevollmächtigte des Klägers nicht aufgetreten, weshalb der Senat auf Antrag der Beklagten die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 22.04.1999 - 22 O 157/94 - durch Versäumnisurteil vom selben Tag zurückgewiesen hat. Gegen dieses ihm am 01.12.1999 zugestellte Versäumnisurteil hat der Kläger am 15.12.1999 Einspruch eingelegt und diesen ergänzend begründet. 38

Der Kläger beantragt nunmehr, 39

unter Aufhebung des Versäumnisurteils des Senats vom 25.11.1999 und des angefochtenen Urteils vom 22.04.1999 die Widerklage abzuweisen. 40

Die Beklagten beantragen, 41

das Versäumnisurteil des Senats vom 25.11.1999 aufrecht zu erhalten. 42

Sie verteidigen das angefochtene landgerichtliche Urteil im Hinblick auf die vom Kläger dagegen gerichteten Angriffe und führen dazu näher aus. 43

Insbesondere machen sie geltend, bei der notariellen Veräußerung vom 21.12.1992 an die R. Bauberatungs- und Baubetreuungsges. mbH habe sich es entsprechend dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien lediglich um eine Grundstücksübertragung, nicht jedoch um eine Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile gehandelt. Weiterhin machen sie in rechtlicher Hinsicht umfangreiche Ausführungen zu der nach ihrer Auffassung nicht bestehenden Gewerbesteuerpflicht der Gesellschaft und rügen den Vortrag des Klägers zur etwaigen Gewerbesteuerhöhe als unsubstantiiert. 44

Wegen aller Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die erst- und zweitinstanzlich gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst den dazu überreichten Anlagen sowie auf die bereits genannten Urteile Bezug genommen. 45

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 46

Die mündliche Verhandlung über den in förmlicher Hinsicht bedenkenfreien Einspruch gegen das Versäumnisurteil vom 25.11.1999 musste zur Aufrechterhaltung dieses Versäumnisurteils führen, denn die Berufung des Klägers, mit der er die Abweisung der Widerklage begehrt, ist zwar zulässig, in der Sache aber nicht begründet. 47

Das Landgericht hat mit zutreffenden Erwägungen den Kläger auf die Widerklage hin nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zum Schadensersatz verurteilt. Hierbei ist es zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger die ihm obliegende gesellschaftsvertragliche Treuepflicht verletzt hat und hierdurch der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, zu dessen Ersatz er verpflichtet ist. Denn aufgrund seines Treueverstoßes hat er verhindert, dass die Gesellschaft selbst das Projekt in G. realisieren konnte. Hierbei hätte sie das Projekt im Wesentlichen in gleicher Weise, wie es die B.-K.-GbR verwirklicht hat, realisieren können, so dass der von der B.-K.-GbR getätigte Kostenaufwand und die erzielten Einnahmen konkrete Anhaltspunkte für den der Gesellschaft entgangenen Gewinn bieten.

Dass den Beklagten infolge eines gesellschaftsvertraglichen Treueverstoßes des Klägers grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung zusteht, bedarf hier keiner näheren Darlegung im Einzelnen mehr. Insoweit kann Bezug genommen werden auf die Gründe des angefochtenen Urteils, insbesondere Seite 10 ff (Bl. 1296 ff GA), und vor allem auch auf das Urteil des Senats vom 24.02.1997, dort Seite 18 ff (Bl. 777R ff GA), wo dazu im Einzelnen ausgeführt wird. Der Senat macht sich diese Ausführungen einschließlich der vorgenommenen Beweiswürdigung auch in seiner nunmehrigen Besetzung zu eigen und verweist zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen in vollem Umfang auf diese Urteilsgründe. Dies gilt umso mehr, als der Kläger sein zum Schadensersatz verpflichtendes treuwidriges Handeln nun berufungsinstanzlich letztlich nicht mehr in Abrede stellt.

49

Soweit der Kläger allerdings weiterhin Einwendungen den Grund des Widerklageanspruchs betreffend erhebt, ist entgegen der Ansicht der Beklagten festzuhalten, dass der Kläger nicht gehindert ist, den Grund des Anspruchs - wenn auch im wesentlichen jetzt mit einer gänzlich anderen Argumentation - weiterhin in Abrede zu stellen. Denn die vorausgegangene Auskunftsverurteilung verhält sich zwar notwendigerweise zum Grund des Anspruchs; die Verurteilung zur Auskunft schafft für den Grund des Hauptanspruchs jedoch keine Rechtskraft. Der zur Auskunftserteilung Verurteilte kann seine Einwände im Prozess über den Hauptanspruch ohne Einschränkung weiterverfolgen (st. Rspr. des BGH; vgl. etwa BGH NJW-RR 1991, 325; 1994, 898).

50

Soweit der Kläger zum Grund des Anspruchs geltend macht, es fehle schon an einer formwirksamen Gründung der Gesellschaft, kann dem nicht gefolgt werden. Es ist zwar zutreffend, dass die grundsätzlich formfrei mögliche Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts dann gemäß § 313 BGB der notariellen Beurkundung bedarf, wenn mit der Gründung einzelne Gesellschafter zur Einbringung eines Grundstücks verpflichtet werden oder aber zu Lasten der Gesellschaft bereits eine rechtliche Verpflichtung zum Erwerb von Grundstücken begründet wird. Nicht nach § 313 BGB formbedürftig ist hingegen die Gründung einer Gesellschaft zum Zweck des Grundstückserwerbs, wenn es sich um die bloße gesellschaftsrechtliche Zweckangabe handelt (BGH NJW 1996, 1279; 1998, 376). So lag der Fall hier bei der mündlichen Gründung der Gesellschaft der Parteien im September 1990, denn für diesen Zeitpunkt ist über eine entsprechende Zweckbestimmung hinaus eine rechtliche Verpflichtung der Gesellschaft zum Erwerb bestimmter Grundstücke nicht ersichtlich.

51

Dabei mag dahinstehen, ob den Parteien bei der Gründung der Gesellschaft das hier fragliche Grundstück in G. überhaupt schon bekannt war und bereits erste Gespräche betreffend dieses Grundstücks mit Vertretern der Stadt G. geführt worden waren. Denn auch wenn man dies zugunsten des Klägers entgegen der sehr ausführlichen Darstellung der Gründungsgeschichte im Schriftsatz der Beklagten vom 11.02.2000, wonach dies eben nicht der Fall war und der der Kläger nicht mehr entgegen getreten ist, unterstellt, bieten sich

52

keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sich die Gesellschaft mit der Gründung bereits in rechtlicher Hinsicht zum Erwerb des fraglichen Supermarktgrundstücks verpflichtet hatte. Der Erwerb dieses und auch weiterer Grundstücke war von den beteiligten Gründungsgesellschaftern damals nur ins Auge gefasst und mag von den Beteiligten im Sinne des vereinbarten Gesellschaftszwecks beabsichtigt gewesen sein; eine entsprechende Verpflichtung der Gesellschafter untereinander oder gar Dritten gegenüber ist hingegen nicht ansatzweise erkennbar. Eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus dem später am 19.09.1991 schriftlich geschlossenen Gesellschaftsvertrag, der in § 2 als Gegenstand der Gesellschaft genau den zuvor bereits mündlich vereinbarten Gesellschaftszweck beschreibt und lediglich die mündliche Vereinbarung wiedergibt.

Es kommt hinzu, dass - solange die Gesellschaft nur mündlich gegründet war gemäß §§ 709 ff BGB, später gemäß § 10 des Gesellschaftsvertrages - die Gesellschaft zum Erwerb von Grundstücken der Geschäftsführung und der Vertretung durch sämtliche Gesellschafter bedurfte und auch insoweit mangels entgegenstehender Vereinbarungen eine Verpflichtung zum Erwerb bestimmter Grundstücke nicht eintreten konnte. Müssen aber alle Gesellschafter an einem solchen Vorgang mitwirken, so ist entsprechend der Funktion der Formvorschrift, die Vertragspartner vor übereilten Bindungen auf dem Grundstücksmarkt zu schützen, für das Eingreifen von § 313 BGB kein Raum (BGH NJW 1998, a.a.O.). 53

Soweit der Kläger meint, nach der notariellen Veräußerung an die R. Bauberatungs- und Baubetreuungsges. mbH am 21.12.1992 habe die Gesellschaft zwischen den Beteiligten nicht mehr bestanden, da sämtliche Geschäftsanteile an die R. veräußert worden seien, ist den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil zu folgen, auf die hiermit Bezug genommen wird. Nach §§ 133, 157 BGB ist nicht der Wortlaut des Übertragungsvertrages, sondern der wirkliche Wille der Parteien und der daraus folgende objektive Erklärungsinhalt maßgeblich. Beide Parteien des Vertrages aber - die Gesellschaft und die R. - wollten lediglich eine Veräußerung des Grundbesitzes nebst Supermarkt in A., nicht aber eine Veräußerung der Gesellschaftsanteile herbeiführen. Insbesondere die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits haben dies so gesehen und in der Folgezeit sich entsprechend verhalten, nämlich die Gesellschaft fortgesetzt und deren Geschäfte insbesondere im Hinblick auf das Projekt in G. fortgeführt. Auch die Entstehungsgeschichte der Veräußerung spricht zwingend für eine bloße Grundbesitzübertragung, die so in den Entwürfen ausdrücklich noch vorgesehen war. Die später anderslautende Formulierung im Vertrag vom 21.12.1992 hatte lediglich steuerliche Gründe und nimmt dem Vertrag nicht den tatsächlich gewollten Charakter einer Grundbesitzübertragung. Ob die Parteien durch die unzutreffende Bezeichnung im Übertragungsvertrag und die damit aus steuerlichen Gründen verbundene Verschleierung des wahren Sachverhalts den Tatbestand der Steuerhinterziehung/-verkürzung verwirklicht haben, mag dahinstehen; zivilrechtlich von allen Beteiligten gewollt war die Veräußerung des Grundbesitzes und nicht die Übertragung der Gesellschaft, deren Geschäfte die R. in der Folgezeit auch zu keinem Zeitpunkt betrieben hat. Welch geringe Bedeutung der Wortlaut des Vertrages vorliegend bei der Auslegung hat, zeigt die Tatsache, dass über 6 1/2 Jahre lang niemand - auch der Kläger nicht - auf den Gedanken gekommen ist, darin eine Übertragung der Gesellschaftsanteile zu sehen, sondern der Vertrag immer nur als Grundstücksveräußerung behandelt und betrachtet wurde. 54

Schließlich kann auch hinsichtlich der Frage, ob der Gesellschaft ein Erwerb des Grundstücks in G. in Ansehung des Beschlusses der Stadt G. vom 15.04.1992 noch möglich gewesen ist, auf das angefochtene Urteil, insbesondere aber auch auf das Urteil des Senats vom 24.02.1997, dort Seite 24 - 28 (Bl. 780R ff GA) Bezug genommen werden. Das erneute erstinstanzliche Vorbringen des Klägers dazu, erst recht nicht das aus lediglich wenigen 55

Sätzen bestehende Berufungsvorbringen zu diesem Punkt, rechtfertigt keine andere Beurteilung, denn neue erhebliche Gesichtspunkte werden nicht dargelegt.

Soweit der Kläger zur Höhe des Widerklageanspruchs erstmalig in der Berufungsinstanz geltend gemacht hat, die erforderlichen Eigenleistungen der Beklagten bzw. die Kosten einer entsprechenden Drittbeauftragung seien nicht ausreichend berücksichtigt worden, vermag er damit nicht durchzudringen. Für höhere ersparten Eigenaufwendungen fehlt es an jeglichem substantiierten Anhalt für eine in diesem Bereich gemäß § 287 ZPO notwendige Schätzung. Es ist nicht zu verkennen, dass die Durchführung eines Projektes wie des hier streitgegenständlichen (Erwerb eines Grundstücks, Errichtung eines Supermarktes, Veräußerung während der Bauphase mit der Pflicht zur weiteren Errichtung bis zur schlüsselfertigen Übergabe) gewisse Eigenaufwendungen des Bauherrn bei der Anbahnung und Abwicklung der entsprechenden Verträge sowie der Überwachung der Bauausführung auch dann mit sich bringt, wenn wie hier die Bauerrichtung einem Generalunternehmer und dessen Überwachung einem Architekturbüro übertragen ist. Nicht zuletzt deshalb haben die Beklagten einen Betrag von 20.000 DM für derartige Nebenkosten bei der Schadensberechnung in Abzug gebracht (vgl. Bl. 1165 GA). Für einen darüber hinaus zu schätzenden Betrag hat der Kläger keinerlei Anhaltspunkte dargelegt; der von ihm genannte Betrag von 300.000 DM wird nicht ansatzweise nachvollziehbar erläutert und ist willkürlich aus der Luft gegriffen. Ein höherer Betrag lässt sich auch anhand der übrigen bekannten Umstände nicht schätzen, insbesondere da erheblich kostenmindernd zu berücksichtigen ist, dass die Gesellschaft zuvor ein paralleles Projekt mit den selben bauausführenden Firmen sowie dem selben Mieter bereits verwirklicht hatte und daher in weiten Teilen auf gemachte Erfahrungen hätte zurückgreifen können. Der Kläger, der für diese schadensmindernde Position die Darlegungs- und Beweislast trägt, hat demgegenüber keine konkreten Gesichtspunkte angeführt, die eine höhere Schätzung rechtfertigen.

56

Hinsichtlich der Finanzierungskosten, die nach Auffassung des Klägers zu niedrig in Abzug gebracht worden sind, war zwischen Parteien erstinstanzlich und zunächst auch in der Berufung unstreitig, dass der Gesellschaft aus dem Verkauf des Projektes A. ein Betrag von 1,6 Millionen DM Liquidität zur Verfügung stand, der nur deshalb nach zunächst erfolgter Festgeldanlage i.H.v. 450.000 DM je Gesellschafter ausgezahlt wurde, da sich das Projekt G. verzögerte. Die danach im angefochtenen Urteil zutreffend enthaltene Feststellung, dass die Parteien nach der entsprechenden Vereinbarung unstreitig verpflichtet waren, erforderliche Beträge der Gesellschaft wieder zur Verfügung zu stellen, wurde mit der Berufung zunächst auch nicht angegriffen, sondern mit der Berufungsbegründung (dort Seite 9, Bl. 1357 GA) vielmehr zumindest mittelbar bestätigt. Unter diesen Umständen greift der aufgezeigte Gesichtspunkt der dann bei den Gesellschaftern auftretenden Zinsverluste nicht durch, da den Gesellschaftern der Betrag ja eben mit der Maßgabe der Rückzahlung zur Verfügung gestellt worden war und es sich letztlich um Gesellschaftsvermögen handelte, die Gesellschafter auf weitere Zinseinnahmen in eigener Person mithin keinen Anspruch hatten. Die im übrigen notwendigen Finanzierungskosten der Gesellschaft sind bei der Schadensberechnung - insoweit von dem Kläger nicht angegriffen - bereits berücksichtigt.

57

Soweit der Kläger im weiteren Verlauf der Berufung die Vereinbarung der Parteien, den Erlös aus dem Projekt A. in das Projekt G. fließen zu lassen, bestritten hat, stellt sich schon die Frage, ob dieses Bestreiten überhaupt beachtlich ist, da es im Widerspruch zum vorherigen prozessualen Verhalten des Klägers steht. Selbst wenn man jedoch davon ausgeht, dass eine entsprechende Vereinbarung nicht ausdrücklich geschlossen wurde, waren die Parteien als Gesellschafter im Rahmen ihrer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gehalten, den kurzfristigen Kapitalbedarf der Gesellschaft aus den ihnen zugeflossenen

58

Gesellschaftsmitteln zwecks Senkung der Fremdfinanzierungskosten zu decken. Dies gilt um so mehr, als es an jedem Anhalt dafür fehlt - insbesondere hat der Kläger dies nicht behauptet -, dass es sich bei den an die Gesellschaftern jeweils ausgezahlten 450.000,00 DM um endgültige Gewinnausschüttungen handeln sollte, die angesichts der damaligen Situation der Gesellschaft in dieser Größenordnung auch nicht vorstellbar erscheinen. Jedenfalls fehlt es an einem Gesellschafterbeschluss zu einer Gewinnausschüttung in dieser Größenordnung. Demnach handelte es sich vielmehr lediglich um eine Verlagerung der von der Gesellschaft damals wegen der eingetretenen Verzögerungen nicht benötigten Liquidität auf die einzelnen Gesellschafter, zu deren Rückführung die Gesellschafter bei Auftreten von Kapitalbedarf bei der Gesellschaft verpflichtet gewesen wären. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung ergibt sich somit im Ergebnis nichts anderes.

Auch hinsichtlich des zwischen den Parteien umstrittenen Gesichtspunktes der Gewerbesteuer bleibt der Berufung der Erfolg versagt. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass es allein auf eine etwaige Gewerbesteuerpflicht der Gesellschaft der Parteien ankommt; unerheblich ist, ob und in welcher Höhe die das Projekt später tatsächlich realisierende B.-K.-GbR Gewerbesteuer zu zahlen hatte. Ob die Gesellschaft der Parteien gewerbesteuerpflichtig gewesen wäre, ist im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes nicht eindeutig zu beantworten. Zwar hat der Bundesfinanzhofes durch Urteil vom 18.05.1999 (DB 1999, 1637) nunmehr entschieden, dass die von den Beklagten für ihre Auffassung angeführte 3-Objekt-Grenze zur Abgrenzung von der privaten Vermögensverwaltung auf alle Arten von Immobilien anzuwenden ist, somit auch auf Großobjekte der hier vorliegenden Art. Danach wäre die Gesellschaft nicht gewerbesteuerpflichtig gewesen, da über die beiden Objekte A. und G. keine weiteren gewerbesteuerrechtlich relevanten Projekte ersichtlich sind. Ausdrücklich offen gelassen hat der Bundesfinanzhofes hinsichtlich der 3-Objekt-Grenze aber, ob darunter auch solche Veräußerungen fallen, die wie hier aus einem Erwerb zunächst des Grundstücks mit anschließender Neubebauung resultieren. Diese Frage wird in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes unterschiedlich bewertet und wurde daher durch Beschluss vom 29.10.1997 (DB 1998, 1379) dem Großen Senat zur Entscheidung vorgelegt, bisher aber - soweit ersichtlich - nicht entschieden.

59

Letztlich kann diese Frage aber dahinstehen, denn selbst bei einer unterstellten Gewerbesteuerpflicht der Gesellschaft der Parteien fehlt es von Seiten des insoweit darlegungspflichtigen Klägers an Vortrag dazu, welche Gewerbesteuer gewinnmindernd in Abzug gebracht werden soll. Unabhängig davon, dass die die B.-K.-GbR betreffenden Steuern ohnehin nicht zugrunde gelegt werden können, hat der Kläger selbst bezogen auf diese Gesellschaft nur unvollständige und teilweise geschwärzte Unterlagen vorgelegt, weshalb sich nicht einmal feststellen lässt, ob sich diese Unterlagen überhaupt nur zu dem hier fraglichen Objekt verhalten oder nicht vielleicht auch andere gewerbesteuerlich relevante Vorgänge betreffen. Unklar bleibt auch, wieso nunmehr eine Steuer von 315.845,00 DM einschließlich 36.335,00 DM Nachzahlungszinsen berücksichtigt werden soll und wie diese Beträge im Verhältnis zu den 282.149,70 DM und den 249.690,00 DM zu sehen sind, die der Kläger ursprünglich angeführt hatte.

60

Vor allem jedoch fehlt es an jeglicher Darlegung von Anknüpfungstatsachen dazu, wie bei der Gesellschaft der Parteien - allein darauf kommt es an - eine etwaige Gewerbesteuer zu berechnen wäre. Da es sich um eine den entstandenen Schaden mindernde Position handelt, trifft den Kläger die Darlegungs- und Beweislast, der er nicht genügt. Darauf ist er sowohl im angefochtenen Urteil als auch mehrfach durch den Beklagtenvortrag deutlich hingewiesen worden, schließlich vor allem auch nochmals durch den Senat in der mündlichen

61

Trotz dieser mehrfachen Hinweise und der ausführlichen Erörterung im vorgenannten Termin hat der Kläger nicht in ausreichendem Maße substantiiert und nachvollziehbar die Anknüpfungstatsachen für eine etwaige Gewerbesteuerberechnung dargelegt. Denn ergänzend hat er zur Bemessung der Gewerbesteuer sodann nur vorgetragen, Grundlage sei der von den Beklagten als Schaden geltend gemachte Gewinn von 1.951.780,63 DM, woraus sich ein Messbetrag von 79.860,00 DM ergebe, was bei einem Hebesatz von 350 % zu einer Gewerbesteuer von 279.510,00 DM führe, worauf auch die damalige Gesellschaft der Beteiligten die selben Nachzahlungszinsen wie die B.-K.-GbR zu zahlen gehabt hätte. 62

Bei diesen Ausführungen handelt es sich aber nicht um eine nachvollziehbare Darlegung der erforderlichen Anknüpfungstatsachen. Schon der Ausgangspunkt ist unzutreffend, denn inwieweit der Gewinn aus der hypothetischen Schadensberechnung der Beklagten identisch sein soll mit dem nach §§ 6, 7 GewStG maßgeblichen Gewerbeertrag, wird von dem Kläger mit keinem Wort dargelegt. Nach § 7 GewStG ist Gewerbeertrag der nach den Vorschriften des Einkommensteuergesetzes zu ermittelnde Gewinn aus dem Gewerbebetrieb, der bei Ermittlung des Einkommens zu berücksichtigen ist, vermehrt oder vermindert um die in §§ 8, 9 GewStG bezeichneten Beträge. Es liegt auf der Hand, dass die einkommensteuerliche Gewinnermittlung ganz anderen Regelungen unterliegt als die bloß saldierende Schadensberechnung der Beklagten. Ebenso offenkundig ist, dass die Hinzurechnungen und Kürzungen gemäß §§ 8, 9 GewStG nicht wie durch den Kläger vorgetragen mit dem bloßen Hinweis abgetan werden können, solche wären nicht angefallen. Nur beispielhaft zu nennen sind die jeweiligen Tatbestände Nr. 1 der §§ 8, 9 GewStG, die jedenfalls hätten Berücksichtigung finden müssen. 63

Ebenfalls schon im Ansatz nicht nachvollziehbar ist der Vortrag des Klägers, aus dem der Schadensberechnung zugrundegelegten Gewinn von 1.951.780,63 DM als Gewerbeertrag hätte sich als Steuermessbetrag eben jener Betrag von 79.860,00 DM ergeben, der bei der B.-K.-GbR als Messbetrag festgesetzt worden ist (vgl. Bl. 1259 GA). Dies würde bedeuten, dass bei der damaligen Festsetzung betreffend die B.-K.-GbR eben jener Gewerbeertrag zugrunde gelegt worden ist, wie ihn die Beklagten hypothetisch bei ihrer Schadensberechnung ermittelt haben. Der Kläger hat letztendlich auch insoweit wieder nur die Festsetzungen gegenüber der B.-K.-GbR angeführt, auf die es nicht ankommt und die zudem nicht ordnungsgemäß dargelegt sind. 64

Im Ergebnis fehlt es damit an der nachvollziehbaren Darlegung zur Höhe der Gewerbesteuer, weshalb eine Beweiserhebung nicht in Betracht kommt. Insoweit würde es sich um eine reine Ausforschung des Sachverhaltes handeln, wobei nicht einmal erkennbar ist, anhand welcher Anknüpfungspunkte überhaupt ausgeforscht werden sollte. 65

Soweit schließlich der Kläger die Aufrechnung erklärt hat, vermag dies den Widerklageanspruch nicht zu Fall zu bringen. Verwiesen werden kann auch insoweit auf das angefochtene Urteil, worin zutreffend ausgeführt wird, dass dem Kläger nach Ausscheiden aus der Gesellschaft hinsichtlich einzelner Rechnungsposten kein Forderungsrecht mehr zusteht, sondern nur noch ein Anspruch hinsichtlich des abschließenden Saldos aus der Auseinandersetzungsbilanz (st. Rspr., vgl. etwa BGH NJW 1995, 188). Einer der von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmefälle - einem Gesellschafter steht ein bestimmter Betrag in jedem Fall zu; nur noch ein zu berücksichtigender Aktivposten - liegt nicht vor, wie die Auseinandersetzungsbilanz zum 16.10.1993 zeigt. 66

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Streitwert der Berufung und Wert der Beschwer für den Kläger: 2.609.374,18 DM

68