
Datum: 08.11.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 71/05
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:1108.18U71.05.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 16 O 606/89

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 18.03.2005 wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an den Beklagten 170.564,00 € nebst Zinsen in Höhe von 4% seit dem 03.01.1991 zu zahlen. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung des Beklagten sowie die Berufung des Klägers werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger 45% der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und 90% der Kosten des Berufungsverfahrens; im übrigen trägt die Kosten der Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien bleibt vorbehalten, die Zwangsvollstreckung durch die jeweils andere Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Die Parteien waren Mitglieder einer im Herbst 1977 gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die sich mit dem Erwerb, der Verwaltung und dem Verkauf von Immobilien beschäftigte. Der Kläger und der Beklagte waren jeweils zur Hälfte an Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt. Einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag gibt es nicht. Zum Jahresende 1979 wurde die Gesellschaft aufgelöst. Eine Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens ist seitdem nicht gelungen. Eine privatschriftliche Auseinandersetzungsvereinbarung der Parteien vom 21.12.1981 wurde nicht durchgeführt. Zwischenzeitlich wurden alle gemeinschaftlichen Immobilien freihändig verkauft, im Rahmen von Teilungsversteigerungen veräußert oder von einer der Parteien zu Alleineigentum übernommen. Schulden der Gesellschaft bestehen nicht mehr.

Zum Vermögen der GbR gehörte auch das Grundstück M Straße 11 in L1, dessen Eigentümer die Parteien je zur Hälfte waren. Auf Antrag des Klägers sollte im Jahr 1983 die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft erfolgen. Zu diesem Zeitpunkt war das Grundstück mit einer Sicherungsgrundschuld zugunsten der X in Höhe von 480.000 DM belastet. Das Darlehen, das hierdurch abgesichert werden sollte, valutierte noch in Höhe von 459.157,12 DM. Der Beklagte veranlasste während des Zwangsversteigerungsverfahrens die C Volksbank (C-VB) 470.000 DM mit der Auflage an die X zu überweisen, die am Objekt ... eingetragene Buchgrundschuld in Höhe von 480.000 DM in öffentlich beglaubigter Form an den Finanzberater L abzutreten, und zwar müssen gleichzeitig mit abgetreten werden alle Rechte, auch die persönlichen Ansprüche aus der Grundschuldbestellungsurkunde". Am selben Tag beauftragte der Beklagte die X im eigenen Namen und als Vertreter des Klägers, die Grundschuld an L abzutreten. Dieser war dem Beklagten, der seine Position in dem Zwangsversteigerungsverfahren zu Lasten des Klägers verbessern wollte, von der C-VB als in Zwangsversteigerungsverfahren versierter Berater empfohlen worden.

Nachdem die X die Grundschuld an L abgetreten hatte, trat dieser die Grundschuld an die C-VB ab. Später ersteigerte der Kläger das Grundstück unter Übernahme der darauf liegenden Belastungen. In der Folgezeit ging die C-VB aus Grundschuld und Darlehen gegen den Kläger im Wege der Zwangsvollstreckung vor. Beides war rechtswidrig. In seinem Urteil vom 15.01.1988 – V ZR 183/86 – (NJW 1988, 1375) kam der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis, dass die persönliche Forderung derzeit gegen den Kläger nicht geltend gemacht werden könne. Durch die Zahlung des Beklagten an die X sei deren Darlehensforderung in Höhe der Hälfte des bei Zahlung noch offenen Betrages auf diesen übergegangen und im übrigen erloschen. Der auf den Beklagten übergegangene Betrag unterliege der gesellschaftsrechtlichen Beschränkung, die den Ausgleichsanspruch zu einem unselbständigen Rechnungsposten der Auseinandersetzungsrechnung werden lasse. Hinsichtlich der Grundschuldforderung stellte der Bundesgerichtshof fest, dass die sich aus der Grundschuldbestellungsurkunde ergebende Vollmacht des Beklagten die Weisung an die X, die Grundschuld an L abzutreten, nicht abdeckte. Das OLG Köln hat die Zwangsvollstreckung seitens der C-VB dann durch Urteil vom 18.01.1989 (27 U 96/85) auch insoweit für unzulässig erklärt, weil sie die Grundschuld durch eine unerlaubte Handlung

erworben habe.

Im Hinblick auf den von dem Kläger angestregten Rechtsstreit und der von diesem vertretenen Rechtsauffassung, die Forderung der X sei durch die Zahlung des Beklagten erloschen und die Abtretung der Rechte an die C-VB nichtig, trat der Beklagte mit notariell beglaubigter Abtretungserklärung vom 18.03.1985 alle gegen den Kläger in Betracht kommenden Ansprüche aus dem Geschäft an die C-VB ab; wegen des genauen Inhalts der Abtretungserklärung wird hierauf (Anlage 1 zur Klageerwidern, Bl. 61 ff. d. A.) verwiesen.

6

Zuvor hatte die C-VB mehrfach - vom Beklagten im einzelnen bestrittene - Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Kläger eingeleitet, wobei wegen der Einzelheiten auf die Aufstellung zu Ziffer 1.-13. in der Klageschrift (Bl. 11-13 d.A.) Bezug genommen wird. Aufgrund dieser Vollstreckungsmaßnahmen wurden nach Angaben des Klägers zugunsten der C-VB insgesamt 286.716,66 DM eingezogen, inzwischen hat er 363.000 DM zurückerhalten. Weiter hatte der Kläger im Rahmen der gegen die C-VB angestregten Vollstreckungsgegenklage in erster Instanz zur Abwendung der Zwangsvollstreckung eine Sicherheitsleistung durch Bankbürgschaft von 520.000 DM zu stellen.

7

Der Beklagte ist im Besitz von drei gegen den Kläger ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlüssen des Landgerichts Köln - 16 O 309/87 – vom 28.09.1989 über 6.015,96 DM nebst Zinsen, vom 30.10.1989 über 1.710 DM nebst Zinsen und vom 02.08.1990 über 4.056,12 DM nebst Zinsen, aus denen er die - inzwischen vorläufig eingestellte - Zwangsvollstreckung betrieben hat. Gegen die Zwangsvollstreckung aus diesen Kostenfestsetzungsbeschlüssen richtet sich die vom Kläger erhobene Vollstreckungsgegenklage.

8

Der Kläger verlangt aufgrund des oben dargelegten Sachverhalts von dem Beklagten Schadensersatz, wobei er gegen die durch Kostenfestsetzungsbeschlüsse titulierten Forderungen die Aufrechnung erklärt und im übrigen Zahlungsklage erhebt.

9

Der Kläger hat behauptet, durch die seitens der C-VB im Auftrag des Beklagten und im Zusammenwirken mit L nachhaltig betriebene Zwangsvollstreckung sei ihm erheblicher Schaden entstanden. Durch die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sei er in schwere wirtschaftliche Bedrängnis geraten. Insgesamt seien ihm durch die Barpfändungen und die Notwendigkeit zur Stellung einer Bankbürgschaft über 520.000 DM im Verfahren 20 O 105/85 liquide Mittel in einer Größenordnung von 800.000 DM entzogen worden. Dies habe zur Folge gehabt, dass er die Belastungen seines Grundbesitzes im Gesamtwert von ca. 14 Mio. DM, die in einer Größenordnung von 7 Mio. DM bestanden hätten und mit rund 55.000 DM monatlich hätten bedient werden müssen, nicht mehr fristgerecht habe tilgen können. Insbesondere sei er hinsichtlich der anstehenden Zins- und Tilgungsbeiträge für die einzelnen Objekte in Rückstand geraten, da ihm für die Tilgungsleistung einkalkulierte Nettomieteinnahmen von rund 750.000 DM jährlich nicht mehr zur Verfügung gestanden hätten. Ferner habe er Zinsverluste von ca. 40.000 DM für sonst angelegte 300.000 DM erlitten, welche ihm als Barmittel durch die Zwangsvollstreckung entzogen worden seien. Wegen der von ihm teilweise nur schleppend geleisteten Zahlungen seien in der Folge gegen ihn auch von anderen Gläubigern Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eingeleitet worden. Dadurch seien ihm nahezu sämtliche Mieterträge entzogen worden. Indem er dem Prozessbürgen im Verfahren 20 O 105/85 seinerseits habe Sicherheit von über 500.000 DM bieten müssen, seien Sicherheiten grundbuchlicher und anderer Art über Jahre gebunden gewesen, wodurch er gehindert gewesen sei, sich die ihm entzogenen notwendigen Barmittel durch Kredit zu beschaffen, da die Banken dazu ohne Absicherung nicht bereit gewesen seien. Die Pfändung von Architektenhonoraren habe wiederum die Kündigung der

10

entsprechenden Verträge durch die Bauherren zur Folge gehabt, denen der Eindruck vermittelt worden sei, er sei ruiniert und könne für etwaige Regressforderungen nicht länger eintreten. Die durch die C-VB im Auftrag des Beklagten ausgelösten Pfändungen hätten sich im Laufe von 6 Jahren zu schadensstiftenden Ereignissen kumuliert und im Jahr 1987 schließlich darin gegipfelt, dass auch die G Hypothekenbank nicht länger zugewartet und die Zwangsverwaltung des Objekts B Straße 18 in L1 betrieben habe. An die G Hypothekenbank habe er Säumnisentschädigungen von 11.780,73 DM und Gerichtskosten von 22.463,04 DM, insgesamt 34.243,77 DM, zahlen müssen. Mit dieser Forderung erklärt der Kläger die Aufrechnung gegenüber den Forderungen laut den Kostenfestsetzungsbeschlüssen vom 28.09. und 30.10.1989 aus dem Verfahren 16 O 309/87 (Klageanträge zu 1. und 2.). Im übrigen begehrt er die Zahlung des Differenzbetrages (Klageantrag zu 3.).

Darüber hinaus – so hat der Kläger vorgetragen - seien ihm weitere Schäden von insgesamt 11 159.341,86 DM entstanden (Klageantrag zu 4.). Infolge der Zwangsverwaltung des Objekts B Straße 18 in L1 und weiterer hinsichtlich der Objekte E-Straße/F-Hof und Q Straße angeordneter Zwangsverwaltungen seien vom Zwangsverwalter Mieten in einem Gesamtbetrag von 25.071,88 DM entnommen worden. An die Stadtparkasse L1 habe er Mahnkosten und Verzugszinsen in Höhe von 49.387,81 DM zahlen müssen. An weitere Gläubiger gezahlte Verzugskosten summierten sich ausweislich vorgelegter 202 Belege auf einen Betrag von 50.269,71 DM. Die Verzugskosten hinsichtlich des Objekts Q Straße hätten sich auf 5.659,58 DM, die Verzugskosten für das Objekt F-Hof auf 10.543,98 DM belaufen. Die zur Tilgung vorgesehene Lebensversicherung bei der R-Versicherung für ein Darlehen über 800.000 DM für das Gut I sei vorzeitig durch den Versicherer wegen Verzugs mit der Zahlung der Prämie gekündigt worden. Die Differenz zwischen den eingezahlten Prämien und dem ausgezahlten Rückkaufswert belaufe sich auf 18.408,80 DM.

Auch die Darlehen auf dem Objekt B Straße 18 hätten durch Lebensversicherungen getilgt 12 werden sollen. In diese habe er insgesamt 42.074,40 DM eingezahlt. Da er infolge des vom Beklagten verschuldeten Liquiditätsengpasses die Prämien nicht länger habe zahlen können, habe er die Versicherungen zum Rückkaufswert von 29.137,90 DM zurückgenommen, wodurch ihm ein Schaden von 12.936,50 DM entstanden sei. Mit diesem Anspruch rechnet der Kläger teilweise gegen die Kostenerstattungsansprüche des Beklagten aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 02.08.1990 in einer Gesamthöhe von 4.075,05 DM auf und begehrt im übrigen die Zahlung des Differenzbetrages (Klageanträge zu 5.-7.).

Der Kläger hat beantragt, 13

1. die Zwangsvollstreckung aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen des Landgerichts Köln 14 vom 28.09.1989 und 30.10.1989 - 16 O 309/87 - für unzulässig zu erklären;
2. den Beklagten zu verurteilen, die Kostenfestsetzungsbeschlüsse des Landgerichts vom 28.09.1989 und 30.10.1989 - 16 O 309/87 - herauszugeben;
3. den Beklagten zu verurteilen, an ihn 26.356,37 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 28.11.1989 zu zahlen;
4. den Beklagten zu verurteilen, an ihn weitere 159.341,86 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 05.05.1990 zu zahlen;
5. die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Köln vom 02.08.1990 - 16 O 309/87 - für unzulässig zu erklären;
6. den Beklagten zu verurteilen, den Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Köln vom 02.08.1990 - 16 O 309/87 - herauszugeben;
7. den Beklagten zu verurteilen, an ihn weitere 8.861,45 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 09.06.1990 sowie 4 % Zinsen auf 4.075,05 DM vom 09.06.1990 bis 27.06.1990 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,

15

die Klage abzuweisen.

16

Der Beklagte hat bestritten, in kollusivem Zusammenwirken mit L und der C-VB und in schädigender Absicht die Grundsuld betreffend das Grundstück M Straße 11 sowie die zugrundeliegende persönliche Forderung abgetreten zu haben. Er habe L gutgläubig beauftragt, damit seine eigenen Interessen in der Teilungsversteigerung bestmöglich gewahrt würden. Er hat behauptet, ein Schaden sei beim Kläger schon deswegen nicht verblieben, weil er von der C-VB im Vergleichswege vollen Ersatz erhalten habe. Jedenfalls könne der Kläger nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn die angeblich schädigende Handlung nicht vorgenommen worden wäre. Dann wäre die Darlehensforderung mit der sie besichernden Grundsuld bei der X geblieben und die Parteien wären als Gesamtschuldner persönlich sowie dinglich zur Rückzahlung verpflichtet gewesen. Da die X Grundsuld und Darlehen schon vor der Teilungsversteigerung gekündigt gehabt habe, hätte sie die Zwangsvollstreckung gegen beide Beteiligte betreiben können, so dass die Grundsuld entgegen dem Vorbringen des Klägers ihm nie zur Absicherung anderer Verbindlichkeiten zur Verfügung gestanden hätte. Auch bei Zahlung durch den Kläger hätte der Anspruch auf Rückgewähr der Grundsuld nur beiden Parteien gemeinschaftlich zugestanden, bzw. ihm selbst zur Absicherung des Gesamtschuldnerausgleichs soweit er die zugrundeliegende Forderung getilgt habe. Dem Kläger sei auch kein Schaden daraus entstanden, dass L im Versteigerungstermin die Grundsuld höher angemeldet habe als die abgesicherte Forderung noch valuiert gewesen sei; entscheidend sei, dass die C-VB gegenüber dem Kläger nur den valuierten Betrag nebst Zinsen geltend gemacht habe. Etwaige - bestrittene - Vollstreckungshandlungen der C-VB seien ihm, dem Beklagten, nicht zuzurechnen, vielmehr seitens der Bank im eigenen Interesse eingeleitet worden, nachdem er ihr mit Schadensersatzansprüchen gedroht habe, weil er über die Person des L nicht aufgeklärt worden sei. Die vom Kläger vorgetragene Zahlen seien sowohl zum Schaden als auch zu seinen Einkünften und Ausgaben nicht nachvollziehbar, zudem nach eigenem Vorbringen unvollständig. Insbesondere zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen und Einkünften aus Vermietung sowie seiner Tätigkeit als Architekt sei umfassender Sachvortrag zu verlangen und die bloße Vorlage von Steuerbescheiden durch den Kläger völlig unzureichend. Die Behauptungen des Klägers zu seinen wirtschaftlichen Schwierigkeiten würden bestritten, insbesondere sein Sachvortrag im Zusammenhang mit dem Komplex G Hypothekenbank. Für den Kläger habe kein Anlass bestanden, es auf eine Zwangsverwaltung eines Teils seines Immobilienbesitzes ankommen zu lassen; vielmehr hätte er die ihm frei zur Verfügung stehenden Mieten zur Zahlung der Zins- und Tilgungsleistungen an die G Hypothekenbank verwenden müssen. Ggf. wäre auch der Verkauf von Immobilien oder die Aufnahme von Krediten im Rahmen der Schadensminderungspflicht zu verlangen gewesen. Die Ursache für die vom Kläger geltend gemachten finanziellen Schwierigkeiten sei darin zu sehen, dass er - insoweit unstreitig - im fraglichen Zeitraum seinen Immobilienbesitz um verschiedene Objekte aufgestockt habe, die er zudem in erheblichem Umfang renoviert, um- und ausgebaut habe. Mit den dadurch anfallenden Kosten habe sich der Kläger finanziell übernommen, zumal während der Umbauphase keine Mieteinnahmen erzielt worden seien. Zudem habe er sich bei den Objekten F-Hof 2 und F-Straße, für deren Erwerb und Renovierung Mittel von ca. 3,2 Mio. DM erforderlich gewesen seien, insoweit verspekuliert, als sich diese nicht hätten gewinnbringend veräußern lassen, sondern hätten vermietet werden müssen. Im übrigen habe entgegen dem Vorbringen des Klägers zu keinem Zeitpunkt ein Gleichgewicht zwischen Mieteinnahmen und Ausgaben für Zins- und Tilgungsleistungen bestanden, in das die C-VB durch ihre Vollstreckungshandlungen eingreifen können. Schon ohne Berücksichtigung der für die Altbauobjekte angefallenen Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten habe in

17

nahezu allen Jahren eine Unterdeckung bestanden. Auffallend sei in diesem Zusammenhang auch, dass sich erste Liquiditätsprobleme des Klägers bereits 1984 gezeigt hätten, somit zu einem Zeitpunkt, als die C-VB noch gar nicht vollstreckt habe. Auch Verzugskosten seien ausweislich der vom Kläger vorgelegten Unterlagen bereits vor diesem Zeitraum angefallen und auch noch nach der Einigung mit der C-VB, was auf eine insgesamt angespannte finanzielle Situation beim Kläger schließen lasse. Auch durch die vorzeitige Ablösung der Lebensversicherungen zum Rückkaufswert sei ein Schaden beim Kläger nicht entstanden, da dieser das erhaltene Kapital zur Darlehenstilgung eingesetzt habe, somit von Verbindlichkeiten frei geworden sei und Zinsen erspart habe. Die Behauptung des Klägers, ihm sei durch die Vollstreckungsmaßnahmen die Möglichkeit genommen worden, wert- und ertragssteigernde Investitionen zu tätigen, werde anschaulich dadurch widerlegt, dass er im fraglichen Zeitraum neue Objekte hinzuerworben habe.

Gegenstand der Widerklage und der Hilfswiderklage ist die Auseinandersetzung der GbR der Parteien, aus welcher der Beklagte unter Berufung auf eine von seinem früheren Prozessbevollmächtigten erstellte Liquidationsbilanz ein Auseinandersetzungsguthaben zu seinen Gunsten in Höhe von 1.000.971,50 DM hergeleitet hat. Mit dieser Gegenforderung hat der Beklagte in Höhe von 198.634,73 DM hilfsweise die Aufrechnung gegen die Klageforderung erklärt. In Höhe eines Betrages von 99.697,84 DM hat er im Wege der Widerklage die Zustimmung des Klägers zur Auszahlung eines bei der Kreissparkasse L1 ursprünglich vorhandenen Guthabens auf einem Sparkonto (Kto.-Nr.: ###1) in vorgenannter Höhe an sich verlangt, in Höhe eines Betrages von 702.638,93 DM hat er Zahlungs-Widerklage erhoben. In Höhe des hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Betrages von 198.634,73 DM hat er zudem Hilfswiderklage erhoben. 18

Das vorgenannte Sparkonto-Guthaben bei der Kreissparkasse L1 wurde im Jahr 1993 hälftig an die Parteien ausgezahlt und besteht nicht mehr - prozessuale Erklärungen sind insoweit nicht abgegeben worden. In die vom Beklagten vorgelegte Auseinandersetzungsrechnung wurden vom Kläger ausgelegte Baukosten aufgrund von diesem erstellten Aufstellungen in Höhe von 1.039.068,06 DM eingestellt. Hierbei ergab sich eine Differenz zu den Aufstellungen des Klägers von 152.219,46 DM. Diese waren aus der Bilanz seitens des Beklagten bzw. ihres Verfassers herausgenommen worden, weil insoweit das Finanzamt bei einer Betriebsprüfung Kosten wegen doppelt geltend gemachter Baukosten bzw. nicht ausreichender Belege für Aushilfslöhne beanstandet hatte. 19

Im Jahr 1979 erwarben die Parteien gemeinsam das Objekt J-Straße 35 in L1 zu Miteigentumsanteilen von je $\frac{1}{2}$. Nach Beendigung der Gesellschaft, im Juni 1980, wurde es im Wege des sog. Bauherrenmodells an die Erwerber, die Eheleute Y, veräußert. Die Parteien schlossen mit diesen selbständige Verträge über die von ihnen zu erbringenden Leistungen, nämlich Architektenleistungen und technische Baubetreuung durch den Kläger und wirtschaftlich-finanzielle Baubetreuung durch den Beklagten; auf die Vertragsunterlagen (Anlage 1 zum Schriftsatz des Beklagten vom 29.03.1999, Bl. 888 ff. d. A.) wird Bezug genommen. Die vorgesehenen Baukosten für dieses Objekt wurden um rund 120.000 DM überschritten. 20

Der Beklagte verfügte über ein von ihm allein geführtes Konto bei der Stadtparkasse L1, Kto.-Nr. ###2 (alt) bzw. ###3 (neu), über welches auch Zahlungsvorgänge der GbR, im übrigen aber Privatgeschäfte des Beklagten abgewickelt wurden. Er erzielte in den Jahren 1978/79 außerhalb der GbR Gewinne von 146.474,44 DM. Der Kläger berechnet seine - bestrittenen - Gewinne außerhalb der GbR für diesen Zeitraum unter Vorlage entsprechender Steuererklärungen (Anlagen zum Schriftsatz des Klägers vom 28.06.2001, Bl. 1249 ff d. A.) 21

auf 54.033.93 DM.

Der Beklagte hat behauptet, die Gesellschaft verfüge über Vermögenswerte in Höhe von 1.125.499,50, welche sich neben dem Sparkontoguthaben bei der Kreissparkasse L1 in Höhe von 99.697,84 DM per 30.11.1990 aus folgenden Ansprüchen der GbR gegen den Kläger zusammensetzten: 22

- einem Schadensersatzanspruch der GbR gegen den Kläger in Höhe von 797.041,39 DM (per 30.11.1990), weil dieser sich von der C-VB die Grundschild auf dem Grundstück M Str. 11 allein habe abtreten lassen anstatt an die GbR, der Verzicht auf die Grundschild durch die C-VB habe insoweit dieselben Folgen wie eine Abtretung 23
- einem Betrag von 108.718,03 DM, die der Kläger zu Unrecht gegenüber der GbR als von ihm verauslagte Baukosten abgerechnet habe, die aber tatsächlich nicht gerechtfertigt bzw. für eigene Bauvorhaben entstanden seien, wobei sich der Beklagte auf ein Privatgutachten des Sachverständigen K vom 01.08.1987 beruft
- einem Betrag von 120.042,36 DM wegen der vom Kläger zu vertretenden Überschreitung der Baukosten bei dem Objekt J-Str. 35: Es sei zwischen den Parteien vereinbart gewesen, dass alle Erlöse aus diesem Objekt der GbR zustehen sollten, unabhängig davon, aufgrund welcher Einzelvereinbarung mit den Erwerbern Y diese geleistet worden seien; sämtliche Honorare hätten in einen Topf geworfen und geteilt werden sollen. Der Betrag sei deswegen in die Auseinandersetzungsrechnung einzustellen.

Der Beklagte hat weiter behauptet, ihm stehe ein Einlagenüberschuss von 334.403,58 DM zu, da die von ihm der GbR zur Verfügung gestellten Beträge die von ihm seitens der GbR erhaltenen Beträge insoweit überstiegen; hierbei seien auch die über sein Privatkonto bei der Stadtsparkasse L1 abgewickelten Geschäftsvorgänge der GbR zu berücksichtigen; vollständige Belege zu dem Konto sei er jedoch nur dann vorzulegen bereit, wenn auch der Kläger seinerseits sämtliche Belege über seine Privatkonten vorlege. Der Überschuss erhöhe sich um den von ihm zur Ablösung des Darlehens bei der X an diese gezahlten Betrag von 462.239,38 DM, welcher als Einlage in die GbR zu werten sei, auf 796.642,96 DM. Diesen Betrag habe er vorab aus dem Gesellschaftsvermögen von 1.125.499,50 DM zu beanspruchen. Zuzüglich des hälftigen Anteils am restlichen Vermögen der GbR ergebe sich ein Anspruch in Höhe von 961.071,50DM. 24

Ein Ausgleichsanspruch des Klägers aus der Vereinbarung der Teilung der jeweiligen Gewinne der Parteien außerhalb der GbR bestehe nicht und sei deswegen zu Recht nicht in der Auseinandersetzungsrechnung enthalten. Denn die vom Kläger vorgelegten Einnahmen-/Ausgabenüberschussrechnungen seien falsch, dieser habe tatsächlich in den Jahren 1978/79 Gewinne in Höhe von 153.033,93 DM gemacht und damit höhere Gewinne als der Beklagte. In einer handschriftlichen Aufstellung (Anlage W 17) habe der Kläger selbst seine Honorare in den Jahren 1978/79 auf 185.855 DM beziffert, wobei zumindest noch zwei Aufträge im Volumen von gesamt 12.000 DM fehlten. 25

Ursprünglich hat der Beklagte auch die Erstattung der von ihm verauslagten Kosten für das Gutachten des Sachverständigen K (11.400 DM) und der Auseinandersetzungsrechnung des Rechtsanwalts N (28.500 DM) vom Kläger verlangt, hat diese dann aber - nach Hinweis der Kammer - als Kosten des Rechtsstreits angesehen. Wegen der weiteren Einzelheiten der vom Beklagten vorgenommenen Berechnung und Abrechnung unter Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Besonderheiten wird auf den Schriftsatz des Beklagten vom 17.12.1990 (Bl. 258 ff. d. A.) sowie die vorgelegte Liquidationsbilanz vom 27.01.1989 verwiesen. 26

Der Beklagte hat widerklagend beantragt,	27
1. den Kläger zu verurteilen, zuzustimmen, dass die Kreissparkasse L1 den Guthabenbetrag auf dem Sparkonto Nr. ###1 an ihn auszahlt;	28
2. den Kläger zu verurteilen, an ihn 702.638,93 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 03.01.1991 zu zahlen.	
Im Wege der Hilfswiderklage hat der Beklagte darüber hinaus beantragt,	29
den Kläger zu verurteilen, an ihn weitere 198.634,73 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 03.01.1991 zu zahlen.	30
Der Kläger hat beantragt,	31
Widerklage und Hilfswiderklage abzuweisen.	32
Er hat behauptet, die Gesellschaft sei vermögenslos und es gebe auch kein Auseinandersetzungsguthaben zugunsten des Beklagten, gegen die Auseinandersetzungsrechnung erhebt er zahlreiche Einwände. Aus den Vorgängen um die Grundschuld auf dem Grundstück M Straße 11 stünden weder der GbR noch dem Beklagten Schadensersatz- oder Ausgleichsansprüche zu. Es seien Einlagen des Klägers in Form verauslagter Baukosten in Höhe von 152.219,46 DM zu Unrecht im Rahmen der Auseinandersetzungsrechnung nicht berücksichtigt worden, sämtliche Baukosten seien für die GbR verauslagt worden. Vom Finanzamt im Rahmen der Betriebsprüfung nicht anerkannte Aushilfslöhne seien tatsächlich bezahlt worden. Auch ein Anspruch der GbR gegen ihn bestehe insoweit nicht. Er habe keine Baukosten für eigene Objekte auf die GbR verschoben. Das Gutachten K sei unbrauchbar, dieser habe die Objekte gar nicht besichtigt und pauschal Objekte verglichen, die gar nicht vergleichbar seien. Unberücksichtigt sei auch geblieben, dass seitens der GbR in der Umbauphase von erworbenen Objekten Ersatzwohnungen für die Mieter hergerichtet worden seien.	33
Das Objekt J-Straße 35 spiele keine Rolle im Rahmen der Auseinandersetzung der Gesellschaft, da die zugrundeliegenden Verträge sämtlich nach Beendigung derselben geschlossen worden seien. Die vom Beklagten behauptete Vereinbarung der Teilung aller betreffend dieses Objekt selbständig erwirtschafteter Erlöse gebe es nicht.	34
Da es hinsichtlich des Privatkontos des Beklagten bei der Stadtsparkasse L1 an vollständigen Belegen fehle, werde die Aufstellung des Beklagten hinsichtlich Zahlungen von ihm an die GbR und von der GbR an diesen, insbesondere die Vollständigkeit der Entnahmen mit Nichtwissen bestritten. Sechs Zahlungen in Gesamthöhe von 185.040,66 DM entsprechend der Tz 110.4-8 der Auseinandersetzungsrechnung seien zu Unrecht als Entnahmen des Klägers verbucht worden. Diese seien bei der Auseinandersetzung außer Betracht zu lassen.	35
Ihm stehe aufgrund der Vereinbarung über die Teilung der jeweils außerhalb der Gesellschaft erzielten Einnahmen ein Ausgleichsanspruch gegen den Beklagten von 46.161,30 DM zu. Er habe in den Jahren 1978/79 lediglich Gewinne in Höhe von 54.151,84 DM erwirtschaftet, wie sich aus seinen Steuererklärungen nebst Einnahmen-Ausgaben-Überschussrechnungen und weiteren Unterlagen ergebe. Soweit sich der Beklagte auf eine Aufstellung mit höheren Honorarsummen berufe, betreffe diese den Auftragsbestand des aus mehreren Personen bestehenden Architekturbüros, in dem der Kläger zur fraglichen Zeit tätig gewesen sei und enthalte Honorare seiner Partner. Der Beklagte habe den entsprechenden Zusatz "und	36

Partner" im Rahmen seiner weiteren Sachbearbeitung einfach entfernt und die Aufstellung den Kreditunterlagen der Gesellschaft beigelegt, um die Kreditgewährung positiv zu beeinflussen.

Das Landgericht hat aufgrund der Beweisbeschlüsse vom 12.04.1991 (Bl. 312 d. A.), 22.09.1995 (Bl. 673f. d. A.), 05.02.1999 (Bl. 873 d. A.) und 03.05.2002 (Bl. 1326 d. A.) Sachverständigen- und Zeugenbeweis erhoben. Auf das Sitzungsprotokoll vom 12.01.2001 (Bl. 1203 ff d.A.) wird wegen der Einzelheiten der Vernehmung des Zeugen N Bezug genommen. Der Sachverständige Dr. C ist seitens des Beklagten erfolgreich wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden, wobei das OLG Köln in seinem Beschluss vom 25.11.1994 - 6 W 76/94 - (Bl. 619 ff GA) ausgeführt hat, die Befangenheit sei erst ab dem 10.02.1994 - also nach Erstattung des schriftlichen Gutachtens - zu bejahen. Wegen der von ihm getroffenen Feststellungen wird auf das Gutachten vom 24.06.1993 (Bl. 410 ff d.A.) Bezug genommen. Wegen der Erkenntnisse des Sachverständigen S wird auf dessen Gutachten vom 22.12.1997 (SH "Gutachten") Bezug verwiesen. 37

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, der Kläger habe einen kausal durch den Beklagten verursachten Vermögensschaden nicht hinreichend dargelegt. Der Widerklage hat es unter Abweisung im übrigen in Höhe eines Betrages von 5.862,24 € stattgegeben unter von der Auseinandersetzungsrechnung N abweichender Berücksichtigung verschiedener Einzelposten. Wegen der Einzelheiten wird auf den Urteilsinhalt verwiesen. 38

Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt und unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vortrags das Urteil jeweils angegriffen, soweit sie unterlegen sind. 39

Der Kläger beantragt, 40

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils und vollständiger Abweisung der 41
Widerklage sowie Zurückweisung der gegnerischen Berufung

1. die Zwangsvollstreckung aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen des Landgerichts Köln 42
vom 28.09.1989, 30.10.1989 und 02.08.1990 – 16 O 309/87 – für unzulässig zu erklären
und den Beklagten zur Herausgabe der Titel zu verurteilen,
2. den Beklagten weiterhin zu verurteilen, an ihn 114.927,25 € nebst Zinsen in Höhe von 4% auf
13.475,80 € seit dem 28.11.1989, auf 81.470,20 € seit dem 05.05.1990 und auf 4.530,79 € ab
dem 09.06.1990 sowie Zinsen in Höhe von 5% Prozentpunkten über dem jeweiligen
Basiszinssatz auf 15.450,47 € ab 08.07.2005 zu zahlen. 43

Der Beklagte beantragt, 43

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils und Zurückweisung der gegnerischen 44
Berufung den Kläger auf die Widerklage zu verurteilen, insgesamt 193.586,11 € nebst 4%
Zinsen seit dem 03.01.1991 zu zahlen.

Hilfsweise stützt er seine Forderung nunmehr auch noch darauf, dass er am 27.02.1979 45
einen Betrag in Höhe von 25.000 DM auf ein Bankkonto des Klägers eingezahlt habe, was in
der Auseinandersetzungsbilanz seines früheren Prozessbevollmächtigten noch nicht
berücksichtigt sei.

II. 46

47

Die Berufung des Klägers ist zulässig, aber unbegründet, während die zulässige Berufung des Beklagten überwiegend begründet ist.

1. zur Klage

48

a) Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt (wovon auch das Landgericht ausgegangen ist), denn dem Kläger steht gegen den Beklagten ein Schadenersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung – jetzt § 280 BGB - zu. Zwischen den Parteien bestand (und besteht) aufgrund der seit 1979 in Abwicklung befindlichen GbR ein Schuldverhältnis. Hieraus resultierende Pflichten hat der Beklagte im Zusammenhang mit der Zwangsversteigerung des Objektes M Straße 11 im Jahre 1983 schuldhaft verletzt.

49

Dadurch, dass der Beklagte im Jahre 1983 auch im Namen des Klägers die X angewiesen hat, die Grundschuld an dem Objekt M Straße 11 nebst der zugrundeliegenden Darlehensforderung an den Finanzberater L abzutreten, hat der Beklagte eine objektive Pflichtverletzung begangen. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Beklagte die ihm vom Kläger in der Grundschuldbestellungsurkunde erteilte Vollmacht missbraucht hat, indem er die Anweisung zur Abtretung der Grundschuld an die X zugleich auch im Namen des Klägers erteilte. Die in dem Vertrag mit der X enthaltene wechselseitige Bevollmächtigung der Parteien berechnete den Beklagten nicht zu der im Zusammenhang mit der Zahlung erteilten Weisung zur Abtretung von Grundschuld und persönlicher Schuld an den Finanzberater L. Dies hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 15.01.1988 – V ZR 183/86 – (NJW 1988, 1375) ausgeführt; hierauf wird Bezug genommen.

50

Der Umstand, dass der Beklagte die formale Stellung, die sich scheinbar aus der Bevollmächtigung durch den Kläger ergab, genutzt hat, um so den Kläger persönlich in die Haftung für ein lediglich ihm selbst von der C-VB gewährtes Darlehen zu bringen, stellt sich als Missbrauch der Vollmacht dar, denn der Beklagte konnte nicht ernsthaft damit rechnen, dass der Kläger dies billigen würde. Dies hat auch bereits der 27. Zivilsenat des OLG Köln in seinem Urteil vom 18.01.1989 in dem Rechtsstreit des Klägers gegen die C-VB (27 U 96/85), in dem dem Beklagten dieses Verfahrens der Streit verkündet worden war, so gesehen.

51

Durch dieses Verhalten des Beklagten ist dem Kläger auch ein Schaden entstanden. Nachdem er das Grundstück ersteigert hatte, sah er sich den Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der C-VB ausgesetzt. Die von der C-VB aufgrund der Manipulationen des Beklagten eingenommene Buchposition stellte eine Belastung des Eigentums des Klägers dar.

52

Dieser Schaden beruht nicht nur adäquat kausal auf der objektiven Pflichtverletzung des Beklagten, sondern ist diesem auch objektiv zurechenbar, obwohl der Schaden letztlich erst auf den vom Beklagten – wohl - nicht mehr beeinflussten Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der C-VB beruht. Er hat der C-VB willentlich zu der Buchposition verholfen, um hierdurch entweder andere Bieter in seinem Erwerbsinteresse davon abzuhalten, das Grundstück zu ersteigern, oder – bei Misslingen dieses Plans – durch eine Verwertung des Grundpfandrechts durch die C-VB seine Darlehensverpflichtungen gegenüber der C-VB zurückführen zu können. Seine Handlungen waren also darauf angelegt, dass es ggf. – im Falle eines Erwerbs des Grundstücks durch einen anderen als ihn – zur Verwertung der Grundschuld kommen würde. Der Umstand, dass es hierzu erst gekommen ist, nachdem er – möglicherweise – bereits nicht mehr mit der C-VB zusammenarbeitete, steht deshalb einer objektiven Zurechnung des Geschehens nicht entgegen, weil sich gerade das vom Beklagten bewusst geschaffene Risiko hierdurch verwirklichte.

53

54

Der Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass der Kläger einer Forderung der X in Höhe von ca. 470.000 DM ausgesetzt gewesen wäre, wenn er das Darlehen nicht durch seine Zahlung abgelöst hätte. Zum einen wäre dann der ursprüngliche Darlehensvertrag mit der X weiter gelaufen, so dass der Kläger nicht ohne weiteres mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen hätte rechnen müssen. Zum anderen liegt die Pflichtverletzung des Beklagten nicht in der Ablösung des Darlehens gegenüber der X, sondern allein in der missbräuchlichen Verwendung der Vollmacht. Gerade hieraus resultiert auch der Schaden des Klägers.

Der Beklagte hat auch schuldhaft gehandelt. Aus dem Missbrauch der Vertretungsmacht und den hiermit verfolgten Zwecken ergibt sich ohne weiteres, dass der Beklagte schuldhaft gehandelt hat. Jedenfalls hat er sich nicht exkulpieren können. 55

b) Gleichwohl hat die Klage im Ergebnis keinen Erfolg, weil es dem Kläger nicht gelungen ist, die Höhe des von ihm geltend gemachten Schadens nachzuweisen. Es ist dem Senat nicht einmal möglich, einen Mindestschaden mit der erforderlichen Sicherheit festzustellen. 56

Durch die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der C-VB ist dem Kläger in einigem Umfang für einige Zeit Liquidität entzogen worden. Es sind jedoch weder der genaue Zeitraum noch der genaue Umfang des Liquiditätsentzugs bekannt. 57

Die C-VB hat Forderungen des Klägers gepfändet und zwar beginnend mit dem 28.02.1985 bis zum August 1986 (vgl. die Aufstellung auf S. 7f. in dem Gutachten des Sachverständigen Dr. C vom 24.06.1993, Bl. 416f. d. A.). Jedenfalls die Pfändung der Mieten wurde aber bereits kurz danach wieder aufgehoben. Bis zum 07.03.1989 war jedenfalls bereits etwas mehr als die Hälfte des gepfändeten Betrages in Höhe von 286.716,66 DM, nämlich 146.331,56 DM zurückerstattet worden, wie sich aus dem als Anlage zum Schriftsatz des Beklagten vom 07.07.1995 überreichten Schriftsatz der jetzigen Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 07.03.1989 (S. 6, Bl. 655 d. A.) ergibt. In Ermangelung einer entsprechenden Aufstellung ist insgesamt nicht erkennbar, wie hoch der Entzug von Liquidität während des Zeitraums tatsächlich war. Es spricht jedenfalls vieles dafür, dass er die Summe aller gepfändeten Beträge immer deutlich unterschritten hat. Hinzu kommt Folgendes: Der Kläger hat während des Rechtsstreits mit der C-VB auch Sicherheit durch Stellung einer Bankbürgschaft in Höhe von 520.000 DM geleistet. Es ist plausibel, dass er seinerseits hierfür der bürgenden Bank Sicherheit leisten musste. Diese wäre jedoch nur in voller Höhe liquiditätswirksam, wenn er die Sicherheit in bar geleistet hätte oder sein Kreditrahmen entsprechend zurückgeführt worden wäre. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass der bürgenden Bank Sicherheitenüberhänge aus ohnehin bestehenden Grundpfandrechten ausreichten, die der Kläger anderweitig gar nicht hätte verwerten können. Dann wäre ihm durch die Bankbürgschaft Liquidität nur in Höhe der Avalprovisionen entzogen worden. Der Kläger hat sich hierzu in keiner Weise erklärt. 58

Angesichts dieser Ausgangslage stimmt der Senat der Einschätzung des Sachverständigen S zu, dass die Höhe des Schadens nicht feststellbar ist: 59

"Richtig ist, dass die Maßnahme der C-VB die Liquidität vermindert hat. Da die Gesamtliquidität nicht dargestellt ist, kann aber auch nicht nachvollzogen werden, dass die verfügbare Liquidität tatsächlich derart eingeschränkt war, dass der Kläger die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erdulden musste." (SH "Gutachten", Bl. 34) 60

Der zuvor tätig gewordene und dann vom Beklagten mit Erfolg wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnte Sachverständige Dr. C war allerdings noch zu einem anderen 61

Ergebnis gelangt, weil er abgestuft nach dem jeweiligen Zahlungszweck unterstellt hatte, dass die Zahlung nur unterblieben war, weil keine ausreichende Liquidität vorhanden war. Das ist aber eine Betrachtungsweise, die einen wesentlichen Gesichtspunkt nicht berücksichtigt: Die Vermögens- und Liquiditätssituation des Klägers war nicht statisch, sondern veränderte sich durch sein fortgesetztes Wirtschaften nahezu täglich. Selbst wenn man die Ausgangshypothese des Sachverständigen teilt, dass jedenfalls bestimmte Grundinteressen berührende Verbindlichkeiten nur dann nicht erfüllt werden, wenn man nicht über die entsprechende Liquidität verfügt, ist damit noch nicht gesagt, worauf der Liquiditätsengpass beruht. Er kann ganz oder teilweise auf dem Liquiditätsentzug durch die C-VB beruhen, kann aber ganz oder teilweise auch darauf beruhen, dass der Kläger mit seinen sonstigen wirtschaftlichen Aktivitäten in Liquiditätsschwierigkeiten gekommen ist. Darüber hinaus ist für die von dem Sachverständigen Dr. C erfassten Forderungen jedenfalls teilweise nicht nachvollziehbar, warum sie auf Vollstreckungsmaßnahmen der C-VB beruhen sollen. So betreffen die Belege Nr. 169 und 198 Mahnkosten wegen Forderungen, die erst im Juni 1989, also nach Abschluss aller Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in Rechnung gestellt wurden. Es ist nicht ansatzweise nachvollziehbar, wieso diese Forderungen aufgrund von Liquiditätsentzug durch die C-VB zumindest zeitweise nicht erfüllt wurden. Dieser Umstand zeigt vielmehr, dass der Kläger durchaus auch ohne "Fremdeinwirkung" in Verzug geraten ist.

Es ist dem Senat auch nicht möglich, insoweit einen Mindestschaden des Klägers festzustellen und ihm zumindest diesen zuzusprechen, obwohl es wahrscheinlich ist, dass zumindest ein Teil der angefallenen Mahn- und Vollstreckungskosten auf dem Liquiditätsentzug durch die C-VB beruht. Insoweit ist nämlich davon auszugehen sein, dass dieser Schaden von der C-VB bereits ersetzt wurde. Der Kläger und die C-VB haben am 28.03.1989 einen Vergleich (Anlage 2 zum Schriftsatz des Beklagten vom 07.07.1995, Bl. 659f. d. A.) geschlossen. Nachdem der Kläger seine noch offene Forderung gegenüber der C-VB mit Anwaltsschreiben vom 07.03.1989 (Anlage 1 zu vorgenanntem Schriftsatz, S. 8, Bl. 657 d. A.) auf

62

- noch entzogener Kapitalbetrag 140.385,10 DM

63

- Zinsbelastungen 58.911,71 DM

64

199.296,81 DM

65

beziffert hatte, verpflichtete sich die C-VB darin zur Zahlung von 200.000 DM sowie zur Abtretung von Forderung oder – nach Wahl des Klägers – zur Zahlung weiterer 100.000 DM. Der Beklagte ist zu Recht der Auffassung, dass damit zumindest ein Teil des vom Kläger in diesem Rechtsstreit geltend gemachten Schadens, nämlich in Höhe von 158.911,71 DM, ausgeglichen ist. Insoweit hat der Kläger von der C-VB mehr erhalten als diese bei ihm gepfändet hat, was nur als Kompensation seines durch die Zwangsvollstreckung erlittenen Schadens verstanden werden kann. Ein Anspruch gegen den Beklagten käme deshalb nur dann überhaupt noch in Betracht, wenn der Schaden diesen Betrag übersteigen würde. Es ist aber nicht erkennbar, dass man hierzu im Wege einer – mangels Angaben des Klägers zu seiner Liquiditätssituation allein möglichen - Schätzung des Mindestschadens kommen könnte.

66

Die Auffassung des Klägers, dass der im Vergleichswege mit der C-VB erzielte Betrag nicht auf die hier geltend gemachten Schadenspositionen anzurechnen sei, weil er Ersatz für entgangene Zinsen darstelle, ist verfehlt: Der Kläger kann nicht gegenüber dem Beklagten vortragen, der Liquiditätsentzug durch die Vollstreckungsmaßnahmen der C-VB habe ihn daran gehindert, seine Schulden rechtzeitig zu bezahlen, so dass Verzugszinsen sowie

67

Mahn- und Vollstreckungskosten angefallen sind, und im Verhältnis zur C-VB darauf abstellen, dass ihm durch den Liquiditätsentzug Zinsverluste entstanden sind. Er konnte die ihm zeitweise entzogene Liquidität nur einmal einsetzen, entweder zur Bedienung seiner Schulden, oder zur Erzielung von Zinseinkünften. Insofern decken die Mehrzahlungen der C-VB genau den hier geltend gemachten Schaden ab.

Auch der in der mündlichen Verhandlung vom Kläger geäußerten Auffassung, bei der über das entzogene Kapital und den Zinsverlust hinausgehenden Zahlung der C-VB habe es sich um "Schmerzensgeld" für die durch die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen hervorgerufene psychische Belastung gehandelt, kann der Senat nicht folgen. Diese Betrachtungsweise ist menschlich verständlich, entspricht aber nicht der Gesetzeslage. Danach kann der Ersatz immaterieller Schäden ("Schmerzensgeld") nur bei der – hier ersichtlich nicht gegebenen – Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung verlangt werden (§ 253 Abs. 2 BGB).

c) Soweit der Kläger zusätzlich zu dem Schadensersatzanspruch auch noch einen Anspruch auf Teilung der während des Bestehens der GbR für außerhalb der GbR erzielte Einnahmen geltend macht ist die Klage unbegründet. Nach der überzeugenden Aussage des Zeugen N war die Vereinbarung der Teilung der sonstigen Einkünfte Teil des Gesellschaftsvertrages. Sie stellt danach eine Beitragspflicht zur GbR dar. Die Erfüllung dieser Beitragspflicht kann der Kläger nach Beendigung der GbR aber nicht mehr isoliert geltend machen. Vielmehr ist diese Verpflichtung in die Auseinandersetzungsbilanz einzustellen. Hieraus ergibt sich dann aber aus den nachfolgend dargestellten Gründen kein Anspruch des Klägers, sondern ein solcher des Beklagten.

2. zur Widerklage

Der mit der Widerklage in der Berufungsinstanz noch verfolgte Anspruch ist im wesentlichen begründet. Das Landgericht ist zu Recht von der vom Beklagten vorgelegten Auseinandersetzungsbilanz des früheren Prozessbevollmächtigten des Beklagten (SH "Auseinandersetzungsguthaben") ausgegangen. Diese enthält – soweit für den Senat erkennbar - eine vollständige Darstellung aller von den Parteien im Rahmen der GbR erbrachten und erhaltenen Leistungen. Soweit der Berechnung im Einzelfall nicht gefolgt werden kann, lässt sich die Berechnung ohne weiteres korrigieren, so dass sie gleichwohl Ausgangspunkt der Auseinandersetzung sein kann.

a) Der Senat folgt dem Landgericht nicht, soweit dieses das Privatkonto des Beklagten mit der Nummer ####2 (alt) bzw. ####3 (neu) für die Auseinandersetzungsbilanz nicht berücksichtigt hat. Nach dem Vortrag des Beklagten wurden über dieses Privatkonto Geschäfte der GbR abgewickelt. Hiervon ist auch der frühere Prozessbevollmächtigte des Beklagten bei Erstellung seines Gutachtens ausgegangen (Tz. 113). Die Auswertung der auf die GbR bezogenen Zahlungsvorgänge ergibt einen Saldo in Höhe von

Zugänge	197.075,73 DM
Abgänge	- 379.731,31 DM
Differenz	- 182.655,58 DM

Die vom Landgericht beauftragte Sachverständige W ist insoweit der vom Beklagten vorgelegten Auseinandersetzungsbilanz gefolgt und hat diese Beträge ebenfalls

berücksichtigt (S. 3 des Gutachtens vom 31.03.2004, Bl. 1393 d. A.).

Die Begründung, mit der das Landgericht diese Beträge aus der Auseinandersetzungsbilanz herausgenommen hat - "mangels vollständiger Vorlage sämtlicher das Konto betreffender Belege (könne) nicht festgestellt werden, dass tatsächlich alle die Gesellschaft betreffenden Zahlungsvorgänge hinsichtlich der Einnahmen und Entnahmen insoweit vollständig berücksichtigt sind" (UA S. 29f, Bl. 1511f. d. A.) - überzeugt nicht: Wenn feststeht, dass die in der Auseinandersetzungsbilanz insoweit erfassten Geschäftsvorfälle der GbR zuzuordnen sind, müssen sie im Rahmen der Auseinandersetzungsbilanz auch berücksichtigt werden. Dafür ist es völlig unerheblich, über welches Konto sie liefen. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass insbesondere über dieses Konto erfolgte Leistungen an die GbR nur unzureichend erfasst worden wären, haben sich im Laufe des langen Rechtsstreits nicht ergeben. 75

Der Senat folgt der Auffassung des Klägers, dass aus der Auseinandersetzungsbilanz die Positionen gemäß Tz. 113.15 – 113.26 und 113.44 bis 113.56 nicht nachvollziehbar seien, im wesentlichen nicht. Die insofern eingesetzten Beträge ergeben sich aus den mit Schriftsatz des Beklagten vom 25.05.2007 (erneut) vorgelegten Buchhaltungsunterlagen. Eine Ausnahme gilt lediglich für die Position gemäß Tz. 113.19 ("Sonstige Ausgaben lt. O M Straße"), für die kein Beleg vorliegt. Der entsprechende Teilbetrag (4.741,50 DM) ist deshalb aus der Rechnung herauszunehmen. 76

Das erstmals mit Schriftsatz vom 15.10.2007 beanstandete Fehlen der Belege zu weiteren Einzelpositionen der Abrechnung, bietet keine Veranlassung zu einer Korrektur der Berechnung. Hinsichtlich eines Teils der Positionen ist die Beanstandung unberechtigt, denn die entsprechenden Belege wurden im Rahmen der mündlichen Verhandlung in Augenschein genommen. Es handelt sich dabei im Einzelnen um 77

- den Überweisungsbeleg zur Zahlung "A" in Höhe von 455,88 DM
 - die Zahlungen an A1 (831,39 DM), Q1 (1.250,77 DM) und Wohngeld (1.478,58 DM)
 - Quittungen des Tapezierers X-Straße über 1.000 DM und 350 DM
 - Zahlungen zum Objekt S-Straße in Höhe von 4.724 DM und 469,70 DM.
- 78

Hinsichtlich der weiteren Beanstandungen ist der Vortrag des Klägers aus dem Schriftsatz vom 15.10.2007 gemäß § 296 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen. Der Vortrag ist verspätet, denn dem Kläger ist durch Verfügung des Berichterstatters vom 30.05.2007 eine Frist zur Stellungnahme zu den vorgelegten Originalunterlagen bis zum 15.07.2007 gesetzt worden. Der Schriftsatz vom 15.10.2007, mit dem erstmals konkret diese Positionen beanstandet wurden, ist erst lange nach Ablauf dieser Frist bei Gericht eingegangen, ohne dass der Kläger, der in der mündlichen Verhandlung hierauf hingewiesen worden ist, dies hinreichend entschuldigt hätte. Die Zulassung des verspäteten Vortrags würde auch zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen, weil dann in einem weiteren Termin der als Zeuge für die Richtigkeit und Vollständigkeit der aufgrund vorliegender Belege erfolgten Abrechnung benannte Rechtsanwalt und Steuerberater N (Schriftsatz des Beklagten vom 26.05.2005, S. 3; Bl. 1690 d. A.) erneut vernommen werden müsste. Eine vorsorgliche Ladung des – nicht im Gerichtsbezirk ansässigen - Zeugen zum Termin am 18.10.2007 war aufgrund des erst drei Tage zuvor eingegangenen Schriftsatzes des Klägers nicht möglich. Dagegen sprach bereits, dass zunächst die – überwiegend nicht gegebene – Berechtigung der Beanstandung anhand des umfangreichen Unterlagenkonvoluts überprüft werden musste. 79

Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang noch weitere Einzelpositionen der Auseinandersetzungsbilanz beanstandet (Tz. 114. 4, Tz 114.6, Tz. 114.11 und 114.12) geschieht dies teilweise zu recht:

- Bei der Position gemäß Tz. 114.4 geht es um die Verrechnung eines Maklerhonorars in Höhe von 20.160 DM mit einer Kaufpreisforderung für den Erwerb eines Grundstücks. Das Maklerhonorar stand dem Beklagten zu, denn nur er, nicht aber der Kläger, war als Makler tätig. Im Innenverhältnis war zwar vereinbart, dass die Gewinne aus dieser Maklertätigkeit zwischen den Parteien zu teilen waren, das führt aber nicht dazu, dass das Maklerhonorar zur Hälfte dem Kläger zugestanden hätte, denn die GbR ist im Außenverhältnis nicht in Erscheinung getreten. Die hälftige Beteiligung an dem Maklerhonorar erreicht der Kläger im übrigen dadurch, dass dieser Betrag in die Abrechnung mit eingestellt wird, denn der Saldo wird zwischen den Parteien geteilt. 81
- Bei der Position gemäß Tz. 114.6 geht es um die Einzahlung von 10.000 DM auf ein gemeinschaftliches Konto der Parteien; der Betrag stammte von einem Notaranderkonto. Als Einzahler erscheint aber nicht nur der Beklagte, sondern auch der Kläger (Anlage 1 zum Beklagtenschriftsatz vom 08.08.2007, Bl. 1860 d. A.). Es kann deshalb nur in Höhe von 5.000 DM von einer Leistung des Beklagten ausgegangen werden. Selbst wenn die Einzahlung allein durch den Beklagten erfolgt ist und er sich gerade deshalb im Besitz des Einzahlungsbelegs befindet, spricht die Bezeichnung "R/P" als Einzahler dafür, dass der eingezahlte Betrag aus dem Vermögen beider Parteien stammte. Deshalb ist die Hälfte des eingezahlten Betrages (5.000 DM) bei dem Beklagten abzuziehen und als Leistung des Klägers gutzuschreiben. 82
- Aus den vom Beklagten (Anlage 2 zum Schriftsatz vom 08.08.2007, Bl. 1861 d. A.) vorgelegten vom Kläger unterschriebenen Quittungen ergibt sich ohne weiteres, dass die jeweiligen Zahlungen aus dem Anteil des Beklagten an bestimmten Veräußerungserlösen erbracht wurden. Diese Leistungen wurden demnach zu Recht allein zugunsten des Beklagten verbucht. 83

Hieraus ergibt sich folgende Änderung des in der Auseinandersetzungsbilanz ermittelten Endbetrages der vom Beklagten 84

an die GbR erbrachten Leistungen (Tz. 116) in Höhe von	666.187,87 DM	85
um den Korrekturbetrag von	4.741,50 DM <u>5.000,00 DM</u>	
• Tz. 113.19		
• Tz. 114.6		
auf	<u>656.446,37 DM</u>	

sowie eine Änderung des Endbetrages der vom Kläger 86

an die GbR erbrachten Leistungen Tz. 112) in Höhe von	1.337.586,00 DM	87
um den Korrekturbetrag von Tz. 114.6	<u>5.000,00 DM</u>	

- b) Der frühere Prozessbevollmächtigte des Beklagten, Rechtsanwalt und Steuerberater N, hatte in die Auseinandersetzungsbilanz ein vom Beklagten an ihn gezahltes Honorar in Höhe von 10.000 DM als Aufwendung für die Gesellschaft eingestellt (Tz. 113 Pos. 57 "Bearbeitungsgebühr RA N J-Straße"). Die Sachverständige W und ihr folgend das Landgericht hatten diese Position gestrichen, weil die Vermarktung des Objektes J-Straße außerhalb der GbR erfolgte (S. 4 des Gutachtens vom 31.03.2004, Bl. 1394 d. A.). Dies geschah jedoch zu Unrecht. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Beklagten ist das Honorar nämlich gezahlt worden, "um die Beratung des Steuerberaters N dafür zu bezahlen, wie die GbR zum Zwecke der Abwicklung nach Kündigung mit diesem Grundstück verfahren soll. Als Ergebnis der Beratung ist das Bauherrenmodell entwickelt worden, in das die GbR dieses Objekt später überführt hat." (Berufungsbegründung des Beklagten, S. 11, Bl. 1553 d. A.). Im Hinblick darauf, dass diese Zahlung aber bereits unter Position Tz. 113.57 der Auseinandersetzungsbilanz erfasst ist, führt dies nicht zu einer Erhöhung der vom früheren Prozessbevollmächtigten des Beklagten erstellten Auseinandersetzungsbilanz. 88
- c) Mit Erfolg bestreitet der Beklagte in der Berufungsinstanz noch Aufwendungen des Klägers für Baukosten in Höhe von 79.417,00 DM – zur Berechnung wird auf S. 14f. der Berufungsbegründung des Beklagten (Bl. 1556f. d. A.) Bezug genommen – als überhöht. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist der diesbezügliche Vortrag nicht unsubstantiiert. Es wäre vielmehr Sache des Klägers, der insofern Aufwendungsersatz von der GbR begehrt, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass diese Kosten – es handelt sich um Aufwendungen für Aushilfslöhne – im Zusammenhang mit Bauvorhaben der GbR entstanden sind und auch erforderlich waren. Das ist ihm jedoch nicht gelungen. Dies gilt auch für die von ihm im Laufe des Rechtsstreits noch geltend gemachten weiteren 185.040,66 DM an Baukosten, die in der Auseinandersetzungsbilanz noch nicht berücksichtigt sind. 89
- d) Zu Recht ist der Beklagte der Auffassung, dass zu seinen Gunsten in der Auseinandersetzungsbilanz noch berücksichtigt werden muss, dass er das mit einer Grundschuld auf dem Grundstück M Straße 11 abgesicherte Darlehen durch Zahlung von 462.239,38 DM abgelöst hat. Dieser Betrag ist in der Auseinandersetzungsbilanz noch nicht berücksichtigt worden. Insoweit billigt ihm das Landgericht zwar zu, dass dies bei der Auseinandersetzung der GbR grundsätzlich zu berücksichtigen sei, meint aber gleichwohl diesbezüglich keine Korrektur der Auseinandersetzungsbilanz vornehmen zu müssen, weil er diese Forderung am 18.03.1985 wirksam an die C-VB abgetreten habe. 90
- Diese Auffassung teilt der Senat nicht, sondern geht vielmehr davon aus, dass die entsprechende Abtretungserklärung des Beklagten unwirksam ist. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung im Rechtsstreit P ./ C-VB zu dem Ausgleichsanspruch des Beklagten dieses Verfahrens ausgeführt, dass dieser in der Liquidationsphase der GbR nur noch im Rahmen der Auseinandersetzung geltend gemacht werden kann (BGH NJW 1988, 1375, 1376f.). Danach waren sowohl der Ausgleichsanspruch des Beklagten als auch die auf ihn übergegangene Darlehensforderung "gesellschaftsrechtlich gebunden" im Rahmen der Auseinandersetzung und konnte deswegen nicht selbständig abgetreten werden (vgl. auch Sprau, in: Palandt, BGB, 66. Aufl., 2007, § 717 Rdnr. 6f., § 730 Rdnr. 6f.). 91
- Die Auffassung des Landgerichts, dass der Beklagte sich entgegenhalten lassen müsse, dass er durch sein Verhalten den Kläger in sittenwidriger Weise habe schädigen wollen, trifft nicht zu. Dieser Vorwurf betrifft allein den Missbrauch der Vertretungsmacht durch Erteilung 92

der Anweisung zur Abtretung von Darlehensforderung und Grundschuld, nicht aber die Erfüllung der Darlehensverbindlichkeit. Dadurch wurde der Kläger in keiner Weise geschädigt, denn seine gesamtschuldnerische Haftung wurde hierdurch auf die Hälfte, den im Innenverhältnis auf ihn entfallenden Betrag, reduziert. Es wäre im Gegenteil nicht einzusehen, dass diese Leistung des Beklagten auf eine Gesellschaftsverbindlichkeit dem Kläger zugute kommen sollte, ohne dass er sich hieran durch Berücksichtigung dieser Leistung in der Auseinandersetzung beteiligt hat.

d) Nach der überzeugenden Aussage des Zeugen N war die Vereinbarung der Teilung der sonstigen Einkünfte Teil des Gesellschaftsvertrages (S. 4f. der Sitzungsniederschrift vom 12.01.2001, Bl. 1212f. d. A.). Dementsprechend müssten diese Beträge in der Auseinandersetzungsbilanz berücksichtigt werden, was bislang in keiner Weise geschehen ist. 93

In der Auseinandersetzungsbilanz wurde dieser Punkt mit der Begründung ausgeklammert, dass beide Parteien die gleiche Verpflichtung traf, so dass sich die Berücksichtigung der – im übrigen nicht feststellbaren – sonstigen Einkünfte rechnerisch ausgleichen würde (SH "Auseinandersetzungsguthaben", S. 8f.). Das trifft jedoch nicht zu: Wenn vereinbart ist, dass jeder auch seine sonstigen Einkünfte in die Gesellschaft einbringt, mag dies auf der Erwartung beruhen, dass diese in etwa gleich sind. Im Hinblick darauf, dass sonstige Einnahmen aber nur dadurch erzielt werden können, dass Arbeitskraft außerhalb der Gesellschaft eingesetzt wird, ist es auch durchaus sachgerecht, dass ein Gesellschafter, der im wesentlichen innerhalb der GbR tätig wird und deshalb nur geringe sonstige Einkünfte erzielt, an den höheren Nebeneinkünften des anderen Gesellschafters, der in entsprechend geringerem Umfang für die GbR tätig wird, partizipiert, weil letzterem ja auch die umfangreichere Tätigkeit des anderen in der GbR zugute kommt. Deshalb kann hier nicht – wie in der Auseinandersetzungsbilanz geschehen – ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sich die sonstigen Einkünfte (in etwa) die Waage halten. 94

Bei der Berechnung musste der Senat von den jeweils von den Parteien mitgeteilten Beträgen ausgehen, dies sind für den Kläger 54.151,85 DM und für den Beklagten 146.474,44 DM. Soweit der Beklagte meint, der Kläger habe höhere sonstige Einnahmen erzielt, ist er den Beweis dafür schuldig geblieben. 95

e) Zugunsten des Beklagten ist die Auseinandersetzungsbilanz seines früheren Prozessbevollmächtigten schließlich um einen weiteren Betrag in Höhe von 25.000 DM zu korrigieren. Aufgrund der vom Beklagten vorgelegten Einzahlungsquittung vom 27.02.1979 über 25.000 DM (Anlage zum Beklagtenchriftsatz vom 09.07.2006, Bl. 1768 d. A.) sowie des den Eingang dieses Betrages bestätigenden Schreibens der Commerzbank vom 07.11.2006 (Anlage zum Beklagtenchriftsatz vom 10.11.2006, Bl. 1822 d. A.) steht fest, dass der Beklagte einen entsprechenden Betrag an den Kläger gezahlt hat. Nur hieraus ergibt sich eine Erklärung dafür, dass er im Besitz des Einzahlungsbelegs ist. Angesichts des Umstandes, dass sonst keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien erkennbar sind, muss auch davon ausgegangen werden, dass diese Zahlung im Zusammenhang mit der GbR erfolgt ist. Anderenfalls wäre vom Kläger die Darlegung eines anderen Zahlungsgrundes zu erwarten gewesen, der der Einbeziehung in die Auseinandersetzung entgegensteht. Entgegen der vom Kläger vertretenen Auffassung kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese Zahlung bereits unter Tz. 110.10 der Auseinandersetzungsbilanz berücksichtigt worden ist. Dagegen spricht bereits, dass es sich hierbei um eine Barzahlung an den Kläger im Jahre 1980 gehandelt hat. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der frühere Prozessbevollmächtigte den Zahlungsvorgang einem falschen Jahr 96

zugeordnet hat, denn aufgrund der Verweisung auf Tz. 100.23 steht fest, dass es sich hier um den Betrag handelt, der zuvor am, 21.12.1980 an den Beklagten vom Konto Nr. ####4 bei der Stadtparkasse L1 ausgezahlt worden war.

f) Ausgehend von der Auseinandersetzungsbilanz, die der frühere Prozessbevollmächtigte des Beklagten erstellt hat, ergibt sich unter Berücksichtigung der vorstehend dargelegten Änderungen und Ergänzungen folgende Abrechnung:

	Kläger	Beklagter
Erhaltene Beträge gem. Auseinandersetzungsbilanz	1.218.768,98 DM	331.784,20 DM
Zahlung vom 28.02.1979 (II.2.e) der Gründe)	25.000,00 DM	
Auflösung Konto KSK Z	59.428,89 DM	59.428,89 DM
Nebeneinkünfte	46.161,30 DM	146.474,44 DM
Summe der erhaltenen Beträge	1.349.359,17 DM	537.687,53 DM
Zur Verfügung gestellte Beträge gem. Auseinandersetzungsbilanz	1.337.586,00 DM	666.187,87 DM
Korrekturbetrag gemäß II.2.a) der Gründe	+ 5.000,00 DM	- 9.741,50 DM
Abzug Überzahlung Baukosten	- 79.417,00 DM	
Ablösung Darlehen X		462.239,38 DM
Summe der zur Verfügung gestellten Beträge	1.263.169,00 DM	1.118.685,75 DM
Differenz zwischen zur Verfügung gestellten und erhaltenen Beträgen	-86.190,17 DM	580998,22 DM
Differenz zwischen Leistungen des Beklagten und Leistungen des Klägers	667.188,39 DM	667.188,39 DM
1/2 –Anteil des Beklagten		...333.594,19 DM
Umgerechnet in Euro		170.564,00 €

g) Der Zinsanspruch folgt aus § 291 BGB.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 97, 708 Nr. 10, 709 S. 2, 711 ZPO.

IV.

Die Voraussetzungen, unter denen gemäß § 542 Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen ist, lagen nicht vor.

V.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird wie folgt festgesetzt:

105

Berufung des Klägers	126.811,57 €
Berufung des Beklagten	200.506,16 €
	<u>327.317,73 €</u>

106

Bei der Berufung des Beklagten war streitwerterhöhend zu berücksichtigen, dass er seine Klageforderung hilfsweise auf die Zahlung an den Kläger vom 27.02.1979 in Höhe von 25.000 DM gestützt hat.

107