



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

II ZR 186/06

vom

7. Mai 2007

in dem Rechtsstreit

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat am 7. Mai 2007 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Goette und die Richter Dr. Kurzwelly, Kraemer, Prof. Dr. Gehrlein und Caliebe

gemäß § 544 Abs. 7 ZPO

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerden der Klägerin und des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 26. Juni 2006 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Streitwert für die außergerichtlichen Kosten: 708.056,58 € (Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten: 100.000,00 €; Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin: 210.865,46 € + 216.255,14 € + 58.555,93 € = 608.056,58 €)

#### Gründe:

- 1 Das Berufungsgericht hat in vielfältiger Weise Vortrag der Klägerin und des Beklagten übergangen und dadurch den Anspruch beider Parteien auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt (§ 544 Abs. 7 ZPO).

2 1. Nichtzulassungsbeschwerde des Beklagten:

3 Im Zusammenhang mit der Klärung der Frage, ob eine unberechtigte fristlose Kündigung der Klägerin vorliegt, die diese evtl. zum Schadensersatz gegenüber dem Beklagten verpflichten könnte, hat das Berufungsgericht zwar formal die hierzu ergangene ständige Rechtsprechung des Senats zitiert, aber in einer Weise nicht angewandt, die sich nur als Weigerung verstehen lässt, den einschlägigen Sachvortrag des Beklagten zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihm inhaltlich auseinanderzusetzen; das stellt einen Verstoß gegen Art. 103 GG dar. Gerade in dem zitierten Urteil vom 21. November 2005 (II ZR 367/03, NJW 2006, 844 f.) hat der Senat nochmals entscheidend darauf abgestellt, dass für die Feststellung der Berechtigung einer fristlosen Kündigung wegen völliger Zerstörung des Vertrauensverhältnisses eine Gesamtwürdigung des Verhaltens beider Parteien vor Ausspruch der Kündigung erfolgen muss. Diese Gesamtwürdigung setzt eine Aufklärung der Berechtigung der wechselseitig erhobenen Vorwürfe der Parteien voraus, die anzustellen das Berufungsgericht mit einer nicht ansatzweise nachvollziehbaren Begründung unterlassen hat. Das Vorgehen des Berufungsgerichts ist um so unverständlicher, als der Senat bereits im zurückverweisenden ersten Revisionsurteil vom 7. März 2005 (II ZR 194/03, ZIP 2005, 1066) für das weitere Verfahren ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass das Berufungsgericht im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch des Beklagten das Verhalten der Parteien zu würdigen haben werde.

4 Der Verstoß gegen Art. 103 GG ist entscheidungserheblich. Sollte sich nach Durchführung der Beweisaufnahme herausstellen, dass der Vorwurf des Beklagten, die Klägerin habe eine erhebliche Untreuehandlung begangen, berechtigt ist, dass der Beklagte seinerseits sich jedoch - entgegen dem Vortrag der Klägerin - entsprechend den gesellschaftlichen Treuepflichten verhalten

hat, wäre die Klägerin keinesfalls, wie das Berufungsgericht gemeint hat, zur fristlosen Kündigung berechtigt gewesen; unter diesen Umständen kann in der Einladung zu der Gesellschafterversammlung mit dem Ziel, die Klägerin aus der Gesellschaft auszuschließen, keinesfalls ein Kündigungsgrund gesehen werden.

5                   2. Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin:

6                   a) Das Berufungsgericht hat im Zusammenhang mit der Prüfung der Frage, ob ein Vertragsstrafenanspruch gegen die Klägerin wegen Verletzung des Wettbewerbsverbots begründet ist, ebenfalls entscheidungserheblichen Vortrag der Klägerin übergangen und damit deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Der Senat hat bereits in dem ersten Revisionsurteil - in Übereinstimmung mit den Hilferwägungen, die das Berufungsgericht in anderer personeller Zusammensetzung im ersten Berufungsurteil selbst angestellt hat - darauf hingewiesen, dass dem auf die Verletzung des Wettbewerbsverbots gestützten Schadensersatzanspruch des Beklagten der Einwand des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegenstehen könne, wenn der Beklagte, wie die Klägerin behauptet, ihre Kündigung durch ein gegen die gesellschafterlichen Treuepflichten verstoßendes Verhalten veranlasst ("provoziert") hätte. Der Senat hat hierzu weitere Feststellungen des Berufungsgerichts für erforderlich gehalten. Diese hat das Berufungsgericht nicht getroffen und damit den hierzu gehaltenen, unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin unter Verkennung des Wahlrechts der Klägerin, zwischen einer außerordentlichen Kündigung und der Ausschließung des Beklagten frei zu entscheiden, übergangen.

7                   b) Zu Recht rügt die Nichtzulassungsbeschwerde im Zusammenhang mit der Prüfung des Vertragsstrafenanspruchs einen weiteren entscheidungserheblichen Verstoß gegen Art. 103 GG, der darin liegt, dass das Berufungsgericht

nicht aufgeklärt hat, ob der Anspruch aus § 7 GV bereits deshalb ausscheidet, weil die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 (d) des Sozietätsvertrages erfüllt sind. Die Klägerin hat schon im ersten Berufungsrechtszug und erneut im zweiten Berufungsrechtszug vorgetragen und durch Vorlage der Vollmachten belegt, dass die von ihr betreuten Mandanten sie beauftragen und das Mandat mit der Gesellschaft nicht fortsetzen wollten. Sollte dieser Vortrag zutreffen, käme ein Anspruch aus § 7 GV nicht in Betracht. Der Aufklärung der Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 (d) des Sozietätsvertrages konnte sich das Berufungsgericht nicht dadurch entziehen, dass es darauf abstellte, die Willensentscheidung der Mandanten sei alleine deshalb nicht frei gewesen, weil die Klägerin diese angeschrieben habe. Abgesehen davon, dass das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang den unstreitigen Vortrag übergangen hat, dass der Beklagte seinerseits bereits drei Tage später ebenfalls sämtliche Mandanten angeschrieben hat, so dass die Mandanten genau die Freiheit hatten, die das Berufungsgericht fordert, nämlich sich zu entscheiden, ob sie bei dem Beklagten verbleiben oder zur Klägerin wechseln wollen, setzt sich das Berufungsgericht mit dieser Begründung in einer das Grundrecht aus Art. 103 GG verletzenden Weise darüber hinweg, dass ohne eine Information der Mandanten über die Trennung der Parteien das gesellschaftsrechtlich vereinbarte Vorgehen, dass die Mandanten über die weitere Betreuung entscheiden sollen, nicht verwirklicht werden kann.

- 8 c) Die Zurückweisung der hilfsweise erklärten Aufrechnung der Klägerin mit ihrem Ausgleichsanspruch beruht gleichfalls auf einem entscheidungserheblichen Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 GG. Das Berufungsgericht war selbstverständlich verpflichtet, in dem wiedereröffneten Berufungsverfahren den gesamten Akteninhalt zur Kenntnis zu nehmen. Dieser Pflicht ist es nicht nachgekommen und hat deswegen nicht gesehen, dass die Klägerin bereits im ersten Berufungsverfahren ausführlich zum Wert der von ihr übernommenen Mandate, den sie sich von ihrem Ausgleichsanspruch abziehen lassen

wollte, vorgetragen hat. Übergangen hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang weiterhin den im ersten Berufungsrechtszug gehaltenen, unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin, dass ein negatives Kapitalkonto, das bei der Ausgleichsberechnung zu berücksichtigen wäre, nicht bestanden hat.

9                    3. Der andere Senat des Berufungsgerichts, an den die Sache nunmehr zurückverwiesen worden ist, wird nunmehr die für die Berechtigung der Ansprüche des Beklagten bzw., falls es darauf ankommen sollte, die für die Berechtigung der Gegenansprüche der Klägerin erforderlichen Feststellungen unter Aufklärung des zwischen den Parteien streitigen Sachverhalts zu treffen haben.

10                    Ergänzend weist der Senat für das neue Berufungsverfahren vorsorglich darauf hin, dass der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der infolge der Kündigung erforderlichen Neuanschaffungen nicht mit der hierzu gegebenen Begründung des Berufungsgerichts abgewiesen werden könnte. Nach der Rechtsprechung des Senats kann der durch eine berechtigte fristlose Kündigung ausscheidende Gesellschafter einen über den gesellschaftsvertraglichen Abfindungsanspruch hinausgehenden Schaden ersetzt

verlangen, wenn das Verhalten des Mitgeschafters ursächlich für seine Kündigung war (Sen.Urt. v. 16. Februar 1967 - II ZR 171/65, WM 1967, 419).

Goette

Kurzwelly

Kraemer

RiBGH Prof. Dr. Gehrlein kann wegen  
Urlaubs nicht unterschreiben.

Caliebe

Goette

Vorinstanzen:

LG Arnsberg, Entscheidung vom 03.09.2002 - 1 O 655/01 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 26.06.2006 - 8 U 199/02 -