

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 140/77

URTEIL

Verkündet am

3. Juli 1978

Kaufmann,

Justizobersekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der R. & E. B. [REDACTED] oHG i. L., N. [REDACTED] D. [REDACTED],
H. [REDACTED], vertreten durch ihren Abwickler Rechtsanwalt Jürgen
Tobias H. [REDACTED], H. [REDACTED], H. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Helmut K. [REDACTED], N. [REDACTED] D. [REDACTED],
H. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1978 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Klägerin werden das Urteil der Kammer 8 für Handelssachen des Landgerichts Hamburg vom 15. August 1974 und das Teilurteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 18. Februar 1977 aufgehoben.

Es wird festgestellt, daß der Beklagte für die Zeit vom 4. September 1957 bis zum 15. Juni 1964 gegenüber der Klägerin als "Unternehmerlohn" nur 500 DM monatlich beanspruchen konnte und auch diesen Anspruch nicht mehr geltend machen kann.

Die Kosten des ersten Rechtszuges und des Revisionsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Klägerin dieses Rechtsstreits ist eine in Abwicklung befindliche offene Handelsgesellschaft. Zu ihr hatten sich im Jahre 1951 der Beklagte und die inzwischen geschiedenen Eheleute Behrens zusammengeschlossen, um fabrikneue Personenkraftwagen zu befördern. Im Jahre 1957 wurde kurz nacheinander der Konkurs über die Privatvermögen der Eheleute Behrens eröffnet. Mit ihren Konkursverwaltern vereinbarte der Beklagte ihr Ausscheiden aus der Gesellschaft gegen eine Abfindung von je 7.500 DM; er führte das Geschäft seitdem unter seinem Namen und für eigene Rechnung fort. In einem im Jahre 1958 begonnenen Vorprozeß, den der Beklagte als Kläger gegen die Eheleute B. führte,

- 3 -

wurden diese verurteilt, zum Handelsregister zu erklären, die Gesellschaft sei aufgelöst, während auf die Widerklage der Eheleute B. festgestellt wurde, der (jetzige) Beklagte sei nicht berechtigt, das Geschäft allein weiterzuführen, und verpflichtet, ihnen allen Schaden zu ersetzen, der ihnen durch die Konkursöffnung und die Vereinbarung mit ihren Konkursverwaltern entstanden sei. Das bedeutete, daß der Beklagte - der nach den tatrichterlichen Feststellungen die Konkurse unter Verletzung seiner Gesellschaftertreupflicht herbeigeführt und auf diese Weise das Unternehmen an sich gebracht hatte - die Eheleute B. für die Zukunft wieder als Mitgesellschafter anerkennen und für die Vergangenheit so stellen mußte, als seien sie zu den Bedingungen des alten Gesellschaftsvertrages Gesellschafter geblieben (vgl. das Urt. d. Sen. v. 15. 6. 64 - II ZR 21/62 = WM 1964, 1127).

Abwickler der Klägerin war zunächst der Beklagte selbst. Sein im Jahre 1962 eingesetzter Nachfolger, der Wirtschaftsprüfer N., verklagte ihn auf Rechenschaftsablegung und Herausgabe der Geschäftsbücher und hatte damit Erfolg (vgl. das SenUrt. v. 5. 6. 67 - II ZR 128/65 = WM 1967, 932 unter II, insoweit in BGHZ 48, 175 nicht abgedr.). In den darauf vorgelegten jährlichen "Liquidationsbilanzen" wies der Beklagte zu seinen Gunsten einen sogenannten Unternehmerlohn von monatlich 5.000 DM für die Zeit von September 1957 bis Dezember 1961 und 5.500 DM für alle folgenden Monate aus und schrieb sie seinem Kapitalkonto gut, über das er andererseits seine Entnahmen verbuchte. Den Anspruch auf Unternehmerlohn leitet er gegenüber der Klägerin daraus her, daß der Liquidator ihm die alleinige Geschäftsführung belassen und seine Abrechnungen nicht beanstandet habe.

Gegen diesen Unternehmerlohnanspruch wendet sich die durch ihren jetzigen Abwickler - N. ist im Jahre 1968



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



verstorben - vertretene Klägerin. Sie gesteht dem Beklagten lediglich die feste Vergütung von monatlich 500 DM zu, die er aufgrund von § 7 des Gesellschaftsvertrages vom 15. Dezember 1951 vorab beanspruchen konnte, und macht geltend, der Beklagte habe diesen Betrag im Wege der Verrechnung über sein Kapitalkonto schon erhalten. Den Antrag festzustellen, daß die Höhe des Unternehmerlohns vom 4. September 1957 bis zum 15. Juni 1964 (Erlaß des ersten Senatsurteils) nur 500 DM monatlich betrage, hat das Landgericht abgewiesen, weil der Liquidator insoweit nicht zur Prozeßführung befugt sei.

Während des Berufungsverfahrens hat der Beklagte, weil der Abwickler seine Bilanzen nicht anerkennt, in einem anderen Rechtsstreit mit seinem (angeblichen) Unternehmerlohnanspruch aufgerechnet und außerdem wegen dieses Anspruchs ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Daraufhin hat die Klägerin - ihren im Schriftsatz vom 31. Januar 1977 angekündigten weitergehenden Antrag hat sie in der mündlichen Verhandlung vom 4. Februar 1977 ausweislich der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils nicht gestellt - neben weiteren Hilfsanträgen beantragt festzustellen, daß der Unternehmerlohn vom 4. September 1957 bis zum 15. Juni 1964 nur 500 DM monatlich betragen und der Beklagte diesen Betrag erhalten habe. Das Berufungsgericht hat die Anträge durch Teilurteil abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin sie weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Zwar läßt sich das Rechtsschutzinteresse der Klägerin für die erhobene Feststellungsklage - darin ist dem Berufungsgericht zuzustimmen - nicht daraus herleiten, daß mit einer Entscheidung darüber dem Liquidator die Vorbereitung künftiger Leistungsklagen gegen den Beklagten und die Feststellung der Gesellschaftsbilanzen erleichtert werden würde. Es handelt sich aber um **eine negative Feststellungsklage**. An der mit ihr in erster Linie beantragten Feststellung hat die Klägerin allein schon deshalb ein rechtliches Interesse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO, weil sich der Beklagte ihr gegenüber eines Unternehmerlohnanspruchs berührt und die früher über sein Kapitalkonto vorgenommene Verrechnung heute auch nicht mehr teilweise gegen sich gelten lassen will. Dies ergibt sich nicht nur aus § 7 der Vereinbarung der Parteien vom 19. Januar 1973, wonach durch sie ein Verzicht des Beklagten "auf die Zahlung einer Vergütung für die Tätigkeit als Liquidator (Unternehmervergütung)" nicht erfolgen sollte, sondern und vor allem aus dem Schriftsatz des Beklagten vom 18. Januar 1977 in dem Berufungsverfahren 11 U 127/74 ("Parallelprozeß"). Wegen der Weigerung der Klägerin, die von ihm selbst aufgestellten Liquidationsbilanzen und damit die Verrechnung seiner "Entnahmen" mit einem Unternehmerlohnanspruch von monatlich 5.000 bzw. 5.500 DM anzuerkennen, hat der Beklagte in diesem Schriftsatz gegenüber dem von der Klägerin in dem Parallelprozeß verfolgten Zahlungsanspruch unter Aufgabe seiner früheren Verrechnung mit seinem Unternehmerlohnanspruch aufgerechnet und vorsorglich ein Zurückbehaltungsrecht aus ihm hergeleitet. Spätestens seit diesem Schriftsatz, den die Klägerin auch zum Gegenstand des vorliegenden

Rechtsstreits gemacht hat, muß sie befürchten, der Beklagte könnte seinen Anspruch auch klageweise geltend machen oder bei sich bietender Gelegenheit - die Liquidation ist unstreitig noch nicht beendet - erneut ein Zurückbehaltungsrecht auf ihn stützen. Dem ein für allemal mit einer Feststellungsklage zu begegnen, hat die Klägerin ein aner kennenswertes Interesse. Das Berufungsgericht konnte dem nicht entgegenhalten, darüber, ob die Aufrechnung durchgreife, sei ohnehin in dem Parallelprozeß zu entscheiden; denn aus der Sicht der Klägerin zur Zeit der mündlichen Verhandlung in diesem und im Parallelprozeß am 4. Februar 1977 war die Aufrechnung verspätet und der Parallelprozeß deshalb ungeeignet, die Streitfrage zu klären. Das rechtliche Interesse der Klägerin ist auch nicht etwa nachträglich mit dem Eintritt der Rechtskraft des in dem Parallelprozeß erlassenen Berufungsurteils wieder weggefallen; denn materiell hat das Berufungsgericht dort über den Unternehmerlohnanspruch nicht entschieden, sondern die Aufrechnung als verspätet behandelt (vgl. S. 10 seines Urteils), so daß die Klägerin nach wie vor mit einer anderweiten Geltendmachung des Anspruchs durch den Beklagten rechnen muß.

Dem Berufungsgericht ist einzuräumen, daß der Beklagte bei einem Obsiegen der Klägerin noch geltend machen könnte, nach § 7 des Gesellschaftsvertrages habe er von dem Gewinn vorab neben einer festen Vergütung von 500 DM monatlich je 0,50 DM auf die ersten 600 je Monat beförderter Personenkraftwagen und je 0,65 DM auf die darüber hinaus beförderten erhalten sollen. Der Beklagte hat sich aber des Anspruchs auf die Beförderungsprämie bisher nur hilfsweise berührt. Beziffert hat er ihn weder in dem vorliegenden Rechtsstreit noch im Parallelprozeß, sondern er hat nur gemeint, auch dieser Anspruch mache durchschnittlich 5.000 bis 6.000 DM monatlich aus. Unter

diesen Umständen ist es zulässig, daß die Klägerin - wenngleich sie für die Zeit ab 4. September 1957 auch den Anspruch auf die Beförderungsprämie schon dem Grunde nach bestreitet - zunächst nur die Frage der Festver-gütung klären läßt. Soweit sich der Beklagte gleichwohl auf den Prämienanspruch beruft, geht seine Verteidigung ins Leere, weil die Klägerin schon auf S. 5 ihres Schriftsatzes vom 30. März 1971 klargestellt hat, daß ihre Klage diesen Anspruch nicht betrifft.

Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist die Klagebefugnis des Liquidators auch insoweit nicht zu verneinen, als der Streit um den Unternehmerlohnanspruch zugleich ein Streit über einen Anspruch aus dem Gesellschaftsverhältnis sein kann. Zwar kann ein Abwickler im Wege der Feststellungsklage mit Wirkung für und gegen die Gesellschafter keine Frage verbindlich klären lassen, die das Rechtsverhältnis der Gesellschafter zueinander betrifft. Ebenso wie ein Gesellschafter aber unter Umständen einen auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Zahlungsanspruch gegen die Gesellschaft einklagen kann, muß der Abwickler umgekehrt die rechtliche Möglichkeit haben, eine der Gesellschaft drohende Klage, wenn sich ein Gesellschafter eines Anspruchs berührt, durch eine nach Inhalt und Umfang entsprechend beschränkte negative Feststellungsklage im Interesse der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens - freilich ohne Rechtskraftwirkung für etwaige Ausgleichsansprüche der Gesellschafter untereinander - vorweg abzuwehren.

Die Prozeßführungsbefugnis des Abwicklers kann schließlich nicht mit der Begründung verneint werden, daß Streitigkeiten über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens nach § 155 Abs. 3 HGB unter den Gesellschaftern selbst auszutragen sind; denn im vorliegenden Rechtsstreit geht es der Klägerin allein darum, daß der

Beklagte aus dem noch im Besitz des Abwicklers befindlichen Gesellschaftsvermögen nichts verlangen kann.

2. Mit dem in erster Linie gestellten Antrag will die Klägerin bei sinngemäßer Auslegung festgestellt wissen, daß der Beklagte für die Zeit vom 4. September 1957 (Übernahme der alleinigen Geschäftsführung durch ihn) bis zum 15. Juni 1964 (Erlaß des ersten Revisionsurteils) ihr gegenüber - sein Verhältnis zu Rudolf und Else B. [REDACTED] stellt sie nicht zur Nachprüfung - als "Unternehmerlohn" nicht mehr als 500 DM monatlich (und nicht etwa 5.000 oder 5.500 DM) beanspruchen und auch den Anspruch von 500 DM nicht mehr geltend machen kann. Diese Feststellungsklage ist begründet. Das kann der Senat aussprechen, obwohl das Berufungsgericht sie als unzulässig abgewiesen hat. Die Parteien haben schon in den Vorinstanzen bis zuletzt nicht nur über die Zulässigkeit der Klage und die Prozeßführungsbefugnis des Liquidators, sondern auch über Grund und Höhe des Anspruchs gestritten. Sie haben dabei in ihren Schriftsätzen auch auf die Urteile des Senats vom 15. Juni 1964 und 5. Juni 1967, auf die von Rudolf und Else B. [REDACTED] gegen den Beklagten erstrittenen Urteile sowie auf den Schriftsatz des Beklagten im Parallelprozeß vom 18. Januar 1977 Bezug genommen. Alles das nötigt zu dem Schluß, daß der Beklagte den Sachverhalt, aus dem er seinen Anspruch glaubt herleiten zu können, so vollständig vorgetragen hat, als ihm dies möglich war. Ihm braucht deshalb nicht gemäß § 139 ZPO eine weitere Gelegenheit gegeben zu werden, seinen Anspruch zu begründen.

a) Der Beklagte stützt seine Ansprüche in erster Linie auf angeblich unabhängig vom Gesellschaftsverhältnis entstandene Rechtsbeziehungen zur Klägerin selbst, indem er geltend macht, der Liquidator N. [REDACTED]

habe ihm die alleinige Geschäftsführung belassen, weil er anderenfalls auf Kosten der Klägerin einen fremden Geschäftsführer hätte einstellen müssen, und habe demgemäß später der Aufnahme eines Unternehmerlohnanspruchs von monatlich 5.000 bzw. 5.500 DM in die Bilanzen nicht widersprochen. Damit läßt sich ein solcher Anspruch für die hier in Betracht kommende Zeit jedoch nicht begründen; denn der Vortrag ist nicht schlüssig, weil er im Widerspruch zu dem sonstigen unstreitigen Sachverhalt steht.

Wirtschaftsprüfer N■■■■■ ist erst im April 1962 zum Liquidator bestellt worden. Für die frühere Zeit scheidet die Möglichkeit, daß er dem Beklagten die Geschäftsführung übertragen hätte, schon aus diesem Grunde aus. Aber auch für den folgenden Zeitabschnitt kann der Beklagte nicht als Beauftragter N■■■■■ tätig gewesen sein. Er hat unstreitig das Unternehmen seit September 1957 mit der Behauptung und - wie ihm einzuräumen sein mag - in der Überzeugung geführt, aufgrund der Vereinbarungen mit den Konkursverwaltern von Rudolf und Else B■■■■■ der alleinige Inhaber zu sein. Daran hat er nicht etwa nur bis April 1962, sondern mindestens bis zum Erlaß des Senatsurteils vom 15. Juni 1964 festgehalten. Noch in dem nachfolgenden Rechtsstreit, in dem die durch Naumann vertretene Klägerin ihn auf Rechenschaftsablegung und Herausgabe der Geschäftsbücher in Anspruch nahm, hat er eingewandt, die Klägerin bestehe seit dem 3. September 1957 nicht mehr, er habe an diesem Tage das Geschäft rechtswirksam übernommen (vgl. das SenUrt. v. 5. 6. 67 in BGHZ 48, 175, 176). Dieses Verhalten des Beklagten ist unvereinbar mit seiner Behauptung, er habe das Geschäft wenigstens von April 1962 bis Juni 1964 aufgrund eines Auftrages des Liquidators für diesen entgeltlich geführt.

Ob N. dem Beklagten aus Anlaß der späteren Rechenschaftsablegung gleichwohl rückwirkend eine Tätigkeitsvergütung hätte zubilligen können, kann offenbleiben; denn daß dies geschehen wäre, hat der Beklagte nicht substantiiert behauptet, auch nicht auf S. 13/14 seines Schriftsatzes vom 5. April 1971. Die Behauptung, N. habe die Bilanzen "genehmigt", ist zu allgemein, als daß sich daraus ergeben könnte, der Beklagte solle rückwirkend für die Zeit, in der er das Unternehmen gerade nicht für die Klägerin, sondern für sich selbst geführt hatte, trotzdem von der Klägerin ein Entgelt erhalten. Auf Billigkeitserwägungen kann der Beklagte insoweit nicht mit Erfolg verweisen. Hatte er seit September 1957 gegen den Willen der Mitgesellschafter das Unternehmen wie sein eigenes geführt, so war es allein sein Risiko, ob er den aus seiner Tätigkeit erzielten Gewinn für sich behalten durfte oder nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages mit den anderen Gesellschaftern teilen mußte.

b) Der Gesellschaftsvertrag gibt dem Beklagten keine weitergehenden Ansprüche auf einen festen "Unternehmerlohn" als monatlich 500 DM. Eine Erhöhung der Vergütung wäre eine Änderung des Gesellschaftsvertrages gewesen und hätte der Zustimmung der Mitgesellschafter bedurft (BGHZ 44, 40). Ein Ausnahmefall, der unter Anwendung des Gesichtspunktes von Treu und Glauben zu einem für den Beklagten günstigeren Ergebnis hätte führen können, liegt jedenfalls für den hier in Betracht kommenden Zeitraum, in dem der Beklagte das Unternehmen zu Unrecht auf eigene Rechnung geführt hat, nicht vor. Das hat der Senat in seinem beiden Parteien bekannten, zwischen dem jetzigen Beklagten und dem Gesellschafter Rudolf B. ergangenen Urteil II ZR 140/72 vom 7. Februar 1974 (WM 1974, 375) unter Hinweis auf die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels im Jahre 1955 zugunsten des Beklagten und auf die Gründe für die alleinige

Geschäftsführungstätigkeit des Beklagten bereits näher ausgeführt; dem ist nichts hinzuzufügen.

c) Darüber hinaus ist auf die Klage hin festzustellen, daß der Beklagte den gesellschaftsvertraglichen Anspruch von 500 DM monatlich der Klägerin gegenüber nicht mehr geltend machen kann. In den von ihm selbst erstellten Bilanzen hat er unstreitig zu seinen Gunsten eine noch weit höhere Vergütung ausgewiesen, sie seinem Kapitalkonto gutgeschrieben und über dieses Konto andererseits seine Entnahmen verbucht. In den Rechtsstreitigkeiten, die Rudolf und Else B. gegen ihn geführt haben, ist davon ausgegangen worden, daß diese "Entnahmen" in Höhe eines Teilbetrages von 500 DM monatlich gerechtfertigt waren, der Beklagte seine Mitgesellschafter insoweit an den einbehaltenen Erträgen des Unternehmens mithin nicht zu beteiligen braucht, sondern sie behalten darf (vgl. aus dem Rechtsstreit Else Behrens 27 O 2/65 das Berufungsurteil vom 28. 2. 1969 S. 10 ff, das der Senat durch Beschluß vom 19. 12. 1969 - II ZR 58/69 bestätigt hat, und aus dem Rechtsstreit Rudolf Behrens das oben zu a bereits erwähnte Senatsurteil WM 1974, 375). Schon das rechtfertigt die erstrebte Feststellung; denn der Beklagte ist (auch) im Verhältnis zur Klägerin nicht berechtigt, von seiner eigenen früheren Verrechnung wieder abzurücken, soweit die Mitgesellschafter sie als Grundlage der Gewinnverteilung anerkannt haben oder nach dem Ausgang ihrer Rechtsstreitigkeiten wenigstens hinnehmen müssen.

3. Damit muß auf die Rechtsmittel der Klägerin das Teilurteil des Berufungsgerichts aufgehoben und das Urteil des Landgerichts zu ihren Gunsten entsprechend dem Hauptantrag der Klage geändert werden (vgl. § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Zugleich sind die Kosten des ersten

Rechtszuges und des Revisionsverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen, während über die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Revision der Klägerin gegen das Schlußurteil des Berufungsgerichts in II ZR 144/77 gesondert zu entscheiden ist.

Stempel

Dr. Schulze

Fleck

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Kellermann kann
urlaubshalber nicht
unterschreiben.

Dr. Skibbe

Stempel