

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 146/77

URTEIL

Verkündet am
15. Juni 1978
[REDACTED],
Justizobersekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Georg B [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],
I [REDACTED]-O [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Frau Else T [REDACTED] geb. K [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED], Ida-O [REDACTED],

2. Frau Marianne D [REDACTED] geb. B [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED], Ida-O [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1978 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Kellermann und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 27. Juni 1977 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Gewinnverteilung und über die Höhe der Vergütung des Klägers als persönlich haftenden, geschäftsführenden Gesellschafters in der Kommanditgesellschaft K. & B., die sich unter anderem mit der Diamanten- und Edelsteinschleiferei befaßt. Diesem Streit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Das Unternehmen war im Jahre 1934 von August B. (dem Vater des Klägers), seinem Bruder Ernst und dessen Schwiegervater Wilhelm K. als offene Handelsgesellschaft gegründet worden. Von dem Jahresgewinn erhielt jeder Gesellschafter zunächst 4 % seines Kapitalanteils. Der Restgewinn wurde "nach Köpfen verteilt" (§ 6 des Gesellschaftsvertrages). Nachdem Wilhelm K. und Ernst B. im November 1961 verstorben waren, traten an ihrer Stelle ihre Ehefrauen als Kommanditistinnen

ein. Der Vater des Klägers blieb persönlich haftender Gesellschafter der so entstandenen Kommanditgesellschaft. Die Kapitalanteile der nunmehrigen Gesellschafter wurden auf je 100.000 DM festgesetzt. Der Gewinn wurde weiterhin "nach Köpfen" verteilt, also, wie vorher, gedrittelt. Jedoch erhielt der Vater des Klägers mit Wirkung vom 1. Januar 1962 vorweg eine Tätigkeitsvergütung, die später für das erste Halbjahr 1964 rückwirkend auf 3.000 DM monatlich festgesetzt wurde. Im Mai 1963 verstarb auch die Ehefrau von Ernst Becker. An ihre Stelle trat als neue Kommanditistin die Beklagte zu 2.

Der Kläger war seit 1947 Angestellter der Gesellschaft gewesen, seit 1962 mit Prokura. Persönlich haftender Gesellschafter wurde er mit Wirkung vom 1. Januar 1964, und zwar gemäß § 11 des Gesellschaftsvertrages. Diese Bestimmung lautet:

"Söhnen und Schwiegersöhnen von Gesellschaftern ist die Möglichkeit zur Betätigung als Angestellten im Betrieb der Gesellschaft zu gewähren. Sofern sie sich ihrer Persönlichkeit und Fähigkeiten nach dazu eignen, soll ihnen weiterhin auf Verlangen eines Gesellschafters nach Zurücklegung einer angemessenen Tätigkeitsdauer im Dienste der Gesellschaft bei bewiesener Bewährung die Möglichkeit gewährt werden, sich als Gesellschafter an der Gesellschaft zu beteiligen in der Weise, daß der dies verlangende Gesellschafter ihm einen Teil seines Kapitalanteils als eigenen Kapitalanteil überläßt."

Einen "eigenen Kapitalanteil" in diesem Sinne erhielt der Kläger jedoch nicht. Auch als sein Vater am 20. Juli 1964 starb, fiel dessen Kapitalanteil nicht an ihn, sondern an seine Mutter, die seitdem gleichfalls Kommanditistin mit einer Einlage von 100.000 DM ist. Der Gewinn wurde nunmehr - nach Abzug einer an den Kläger gezahlten Vorwegvergütung und der Kapitalzinsen von 4 % - gleichmäßig auf



die drei Kommanditistinnen verteilt. Das änderte sich mit dem Tode der Witwe Klein am 29. Dezember 1970. Ihr Kommanditanteil fiel je zur Hälfte den beiden Beklagten zu. Demgemäß ist heute die Beklagte zu 1 mit einer Einlage von 50.000 DM und die Beklagte zu 2 mit einer solchen von 150.000 DM beteiligt. So haben es die Kommanditistinnen und der Kläger am 16. August 1962 auch zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Entsprechend dieser Kapitalverteilung erhalten jetzt von dem Jahresrestgewinn die Mutter des Klägers $\frac{2}{6}$, die Beklagte zu 1 $\frac{1}{6}$ und die Beklagte zu 2 $\frac{3}{6}$.

Der Kläger bezieht gemäß einem Gesellschafterbeschuß vom 21. Oktober 1964 mit Wirkung vom 1. Juli 1964 eine Vergütung von monatlich 2.500 DM. Im Jahre 1967 verlangte er deren Erhöhung. Daraufhin billigten ihm die Kommanditistinnen seit 1968 von dem Jahresrestgewinn, der 120.000 DM übersteigt, eine Tantieme von 20 % zu. Mit Rücksicht darauf, daß seine Mutter 50 % ihres Gewinnanteils an ihn weitergibt, werden auf diese Tantieme jedoch nur $\frac{2}{3}$ an ihn gezahlt, und zwar anteilig zulasten des Gewinns der beiden Beklagten.

Gestützt auf den Wortlaut von § 6 des Gesellschaftsvertrages, wonach der Jahresrestgewinn "nach Köpfen verteilt" wird, erstrebt der Kläger eine ihm günstige Änderung der gegenwärtigen Gewinnverteilung. Außerdem verlangt er eine Erhöhung seiner Vergütung. Er hat beantragt,

1. festzustellen, daß der Jahresrestgewinn zu 25 % an ihn, zu 25 % an seine Mutter, zu 37,5 % an die Beklagte zu 2 und zu 12,5 % an die Beklagte zu 1 zu verteilen sei, und

2. die Beklagten zu verurteilen, darein zu willigen, daß seine Vergütung ab 1. Januar 1973 auf monatlich 5.000 DM erhöht, hilfsweise, daß ihm ab 1. Januar 1973 neben seiner bisherigen Vergütung eine Tantieme in Höhe von 20 % des Jahresrestgewinns gewährt werde.

Der Hilfsantrag sei - hat er später klargestellt - dahin zu verstehen, daß Vergütung und Tantieme den Betrag von $12 \times 5.000 = 60.000$ DM jährlich nicht übersteigen sollten.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten erstreben, verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

1. Gegen das angefochtene Urteil läßt sich aus Rechtsgründen insoweit nichts einwenden, als das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf eine unmittelbare Einviertel-Beteiligung am Jahresrestgewinn nicht für begründet gehalten hat. § 6 des Gesellschaftsvertrages, wonach der Restgewinn nach Köpfen zu verteilen ist, ist von den drei vertragschließenden Altgesellschaftern offensichtlich als eine nur unter ihnen selbst oder ihren Rechtsnachfolgern geltende Regelung mit der Folge verstanden worden, daß ein nach § 11 des Gesellschaftsvertrages aufzunehmender Sohn oder Schwiegersohn nur auf Kosten desjenigen Gesellschafters beteiligt werden konnte, der den Eintritt verlangte. Das ist zwar in § 11 des Vertrages vom 25. Juni 1934 ausdrücklich nur für die Kapitalbeteiligung bestimmt worden, von der der den Eintritt verlangende Gesellschafter einen

Teil dem Eintretenden zu überlassen habe. Das muß aber sinngemäß auch für die Gewinnbeteiligung gelten, weil schwerlich gewollt gewesen sein kann, mit Rücksicht auf den Eintritt eines jungen Nachwuchsgesellschafters die Gewinnbeteiligung der drei Stämme trotz ihrer gleichbleibenden Kapitalbeteiligung zu Ungunsten der beiden am Eintritt nicht interessierten Altgesellschafter (oder deren Nachfolger) zu verschieben und obendrein den jungen Nachwuchsgesellschafter ohne weiteres hinsichtlich der Gewinnbeteiligung als voll gleichberechtigt zu behandeln. Tatsächlich haben sich die Gesellschafter beim Eintritt des Klägers auch nicht in diesem Sinne verhalten. Denn die Parteien haben im ersten Rechtszuge übereinstimmend vorgetragen, der Kläger sei niemals nach § 6 des Gesellschaftsvertrages (Verteilung "nach Köpfen") am Gewinn beteiligt worden (vgl. die Schriftsätze der Beklagten vom 9. 9. 1975 und 28. 10. 1975 GA Bl. 56 f und 85 und den Schriftsatz des Klägers vom 20. 10. 1975 S. 2 = GA Bl. 78); er habe auch zunächst im Jahre 1967 lediglich eine zusätzliche Vergütung und erst mit Schriftsatz vom 25. August 1975 (GA Bl. 35) eine Beteiligung am Jahresrestgewinn verlangt. Entsprach danach die tatsächliche Handhabung, nach der der Kläger eine Gewinnbeteiligung nur über seinen Stamm, d. h. jetzt von seiner Mutter, erhält, dem Gesellschaftsvertrag, so kommt ein weitergehender Anspruch, dem die verklagten Mitgesellschafter zustimmen müßten, nicht in Betracht. Auch die Frage, welche Gewinnverteilung im Sinne von § 168 Abs. 2 HGB "den Umständen nach angemessen" sein würde, stellt sich bei dieser Sachlage nicht, da die gesetzliche Regelung nur eingreift, wenn eine vertragliche fehlt. Die ganz andere Frage, ob der Kläger von seiner Mutter die Einräumung einer höheren Kapital- und einer größeren Gewinnbeteiligung beanspruchen könnte oder die Beklagten nach § 11 des Gesellschaftsvertrages dies verlangen könnten, ist nicht Gegenstand dieses Rechtsstreits.

2. Einen Anspruch auf Erhöhung der Tätigkeitsvergütung hat der Kläger ebenfalls nicht.

Die Gesellschaft war ursprünglich auf die Mitarbeit aller drei Gesellschafter angelegt. Nach § 4 des Gesellschaftsvertrages waren diese verpflichtet, "ihre Arbeitskraft und Tätigkeit dem Geschäft zu widmen". Dafür waren am Gewinn alle gleichermaßen beteiligt. Soweit die Kapitalkonten voneinander abwichen - nach § 3 des Gesellschaftsvertrages hatte sich ihre ursprüngliche Höhe daraus ergeben, daß Ernst und August Becker einerseits und Wilhelm Klein andererseits je ein Handelsgeschäft als Sacheinlage eingebracht hatten -, wurde dies durch ihre Verzinsung weitgehend ausgeglichen. Damit standen im Ergebnis alle Gesellschafter nahezu gleich. Dieses ausgewogene Verhältnis von Arbeits- und Kapitaleinsatz einerseits und Ertragsbeteiligung andererseits hätte nach der Vorstellung der Gründer-Gesellschafter auch dann aufrechterhalten bleiben können, wenn sich einer von ihnen im Alter aus der Geschäftsführung zurückziehen wollte; denn nach § 11 des Gesellschaftsvertrages hätte er die Möglichkeit gehabt, allmählich einen Sohn oder Schwiegersohn sowohl in seine Geschäftsführertätigkeit, wie auch in seine Beteiligung hineinwachsen zu lassen. Auf diese Weise würde dann zwar das Verhältnis der einzelnen Gesellschafter zueinander verändert worden sein, nicht aber das der Gesellschafter-Stämme. Wie innerhalb eines Stammes in einem solchen Falle die Geschäftsführung entlohnt worden wäre, würde die anderen Gesellschafter (-Stämme) nicht berührt haben; denn § 11 geht davon aus, daß nicht etwa die Gesamtheit der Gesellschafter, sondern jeder einzelne Stamm die Tätigkeit eines von ihm gestellten (neuen) Geschäftsführers zu bezahlen hat. Schon in diesem Punkt unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von dem im Urteil des Senats vom 4. Juli 1977 - II ZR 91/76 = WM 1977, 1140 entschiedenen, in dem alle

drei Gesellschafter Miterben eines Alleininhabers waren, nur einer von ihnen die Geschäftsführung und persönliche Haftung übernommen hatte und der Senat diesem eine angemessene, an veränderte Verhältnisse jeweils anzupassende Vergütung zugebilligt hatte.

Das Verhältnis von Leistung und Beteiligung änderte sich mit dem Tode von Wilhelm Klein und Ernst Becker im November 1961 jedoch deshalb, weil beide keinen Nachfolger für die Geschäftsführung hinterließen. Durch ihren Tod wurde die Gesellschaft zwar nicht aufgelöst. Ihre Erben konnten aber erklären, Kommanditisten werden zu wollen (vgl. § 10 des Gesellschaftsvertrages). Jedenfalls im Ergebnis haben sie von diesem Recht auch Gebrauch gemacht. Seitdem gab es infolgedessen zwei Gesellschafter (-Stämme), die nur noch Kapital zur Verfügung stellten, während August Becker neben seinem Kapitaleinsatz nach wie vor gemäß § 4 des Gesellschaftsvertrages auch seine "Arbeitskraft und Tätigkeit dem Geschäft zu widmen" hatte, und zwar nunmehr allein. Ob die Erben unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treupflicht (vgl. die SenUrt. in BGHZ 44, 40 und WM 1977, 1140) damals gehalten waren, entweder einer Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels im Sinne von § 168 HGB zugunsten von August Becker zuzustimmen oder aber - was näher lag - ihm eine Tätigkeitsvergütung zu bewilligen, bedarf keiner Erörterung. Sie haben sich jedenfalls den veränderten Verhältnissen nicht verschlossen, sondern ihm ab Januar 1962 eine monatliche Vorabvergütung zugestanden. Ob diese angemessen war, beurteilte sich nicht, wie der Kläger für seine eigene Tätigkeitsvergütung meint, nach ihrer absoluten Höhe, sondern nach dem Verhältnis, das damit zwischen der gesamten Ertragsbeteiligung von August Becker einerseits und der der Kommanditistinnen andererseits

entstand; denn es ist auch in einem solchen Falle von entscheidender Bedeutung, daß der Geschäftsführer nicht Angestellter der Gesellschaft, sondern selbst Gesellschafter, also Unternehmer ist. Dafür, daß die im Jahre 1962 zwischen August B. und den Erbinnen von Ernst B. und Wilhelm Kl. getroffene Regelung unangemessen gewesen wäre, fehlt jeder Anhalt. Auch der Kläger macht das nicht geltend.

Seit 1964 stehen nun zwar die Ansprüche auf Gewinn und auf Tätigkeitsvergütung innerhalb des Stammes August Becker verschiedenen Personen zu. Das hat jedoch seinen Grund allein darin, daß August B. seinen Kapitalanteil, statt ihn seinem, inzwischen als persönlich haftenden und geschäftsführenden Gesellschafter aufgenommenen Sohn zu übertragen, von Todes wegen seiner Ehefrau zugewandt hat. Den anderen Gesellschaftern kann das nach den vorstehenden Darlegungen nicht zum Nachteil gereichen. Deshalb hängt auch der Erhöhungsanspruch des Klägers nicht etwa davon ab, ob er mit der ihm zugebilligten Vergütung (und der ihm von seiner Mutter intern abgetretenen Gewinnbeteiligung) angemessen entlohnt wird. Vielmehr beurteilt sich auch der Erhöhungsanspruch des Klägers danach, wie der Stamm August B. am Geschäftsergebnis insgesamt beteiligt ist. Dabei ist besonders zu berücksichtigen, daß der Kläger seit 1968, soweit der nach Abzug von Kapitalzinsen und Tätigkeitsvergütung verbleibende Jahresrestgewinn 120.000 DM übersteigt, zusätzlich eine 20 %ige Tantieme erhält, die, ebenso wie die Tätigkeitsvergütung selbst, seinen eigenen Stamm nur zu 1/3 belastet.

Daß die Beklagten aufgrund ihrer gesellschaftlichen Treupflicht nach den vom Senat in BGHZ 44, 40 ff entwickelten Grundsätzen gehalten wären, einer (erneuten)

Änderung des Gesellschaftsvertrages zugunsten des Klägers zuzustimmen, kann unter diesen Umständen nicht gesagt werden. Das vermag der Senat selbst zu entscheiden, weil es dazu weiterer tatsächlicher Feststellungen nicht bedarf und weil es nicht um die Angemessenheit der Tätigkeitsvergütung als solcher, sondern nur darum geht, ob seit 1964 unter Berücksichtigung der Tantiemevereinbarung von 1967 eine Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, die nach der Rechtsprechung des Senats eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages dringend gebietet.

Im Jahre 1964 haben die Gesellschafter eine Regelung für angemessen gehalten, die im Grundsatz auch heute noch gilt. Nach ihr fällt, wenn man von der Verzinsung der Kapitalkonten absieht, ein Jahresbruttogewinn bis zur Höhe von 30.000 DM - das entspricht der festen Tätigkeitsvergütung des Klägers von 12 mal 2.500 DM monatlich - zu 100 % dem Stamm August Becker zu. Steigen die Jahresgewinne, bleibt also nach Zahlung der Tätigkeitsvergütung ein Restgewinn übrig, so mindert sich diese prozentuale Beteiligung zwar allmählich zugunsten der beiden anderen Stämme. Sie beträgt aber selbst bei einem Jahresbruttogewinn von 120.000 DM noch 50 % = 60.000 DM (30.000 DM Tätigkeitsvergütung und 30.000 DM aus der 1/3-Beteiligung am Restgewinn von 90.000 DM) und bei einem Jahresbruttogewinn von 150.000 DM noch $46 \frac{2}{3}\%$ = 70.000 DM (30.000 + 40.000 DM). Wären die Gewinne noch sehr viel höher gestiegen, so hätte nach der im Jahre 1964 getroffenen Regelung allerdings der Fall eintreten können, daß der Vorweg von 30.000 DM für die Geschäftsführung nur noch einen prozentual kaum mehr ins Gewicht fallenden Vorzug gegenüber der Gewinnbeteiligung der mit der Geschäftsführung nicht belasteten beiden anderen Gesellschafterstämme bedeutet haben würde. Das ist seit 1968 aber nicht mehr möglich; denn da nunmehr bei einem Jahresrestgewinn

von 120.000 DM die Tantieme des Klägers einsetzt, wird die Gesamtbeteiligung des Stammes August B. auch in besonders ertragstarken Jahren stets auf $46 \frac{2}{3} \%$ gehalten, während umgekehrt die Gewinnbeteiligung der beiden anderen Stämme je $26 \frac{2}{3} \%$ nicht übersteigen, gemessen am Gewinn des Stammes August B. also nicht unverhältnismäßig zunehmen kann. Nur das ist entscheidend, nicht die Höhe der Rendite, die das Kommanditkapital in guten Jahren abwirft. Soweit in ihr auch der Geschäftswert des Unternehmens seinen Niederschlag findet, ist der Grund dafür nicht nur vom Vater des Klägers, sondern auch von den Rechtsvorgängern der Beklagten gelegt worden. Daß andererseits in ertragschwachen Jahren der Kläger vielleicht weniger erhält als ein Angestellter, entspricht seinem Unternehmerisiko.

Umstände, die die Beklagten gleichwohl zu einer dem Kläger günstigen Änderung des Gesellschaftsvertrages nötigen, sind nicht ersichtlich. Die Erhöhung der Löhne und Lebenshaltungskosten ab 1964 reicht dafür nicht aus, weil der Stamm August B., wie dargelegt, auch für die Geschäftsführung kein "Gehalt", sondern eine Beteiligung am Ertrag des Unternehmens erhält, selbst wenn diese bis zu einem Jahresbruttogewinn von 30.000 DM nur in einer festen Vergütung besteht. Seit ihm zusätzlich die Tantieme zusteht, kann der Kläger auch nicht mehr mit Erfolg darauf verweisen, die seinem Vater zugebilligte Tätigkeitsvergütung sei jedenfalls im Jahre 1964 schon höher gewesen, als die heute von ihm selbst bezogene. Die Auslegungsregel, nach der, wenn der einzige persönlich haftende Gesellschafter für die Leitung des Unternehmens und die Übernahme der persönlichen Haftung nur eine feste Vergütung erhält, im Zweifel anzunehmen ist, diese solle für seine Leistungen stets ein angemessener Ausgleich sein und bleiben

(vgl. das SenUrt. WM 1977, 1140), ist gleichfalls mit
Rücksicht auf diese Tantieme nicht anwendbar.

Stempel	Dr. Schulze	Fleck
Richter am Bundesgerichts- hof Dr. Kellermann kann urlaubshalber nicht unterschreiben.	Dr. Skibbe	
Stempel		