

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 218/65

TEIL -

URTEIL

Verkündet am
6. Juli 1967
Heil,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 1) des Fabrikanten Robert B [REDACTED], V [REDACTED], H [REDACTED]-
straße [REDACTED],
- 2) des Fabrikanten Karl B [REDACTED], V [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

- 1) den technischen Stadtoberinspektor Karl L [REDACTED], V [REDACTED]
[REDACTED], Friedrich-E [REDACTED]-Straße [REDACTED],
- 2) den Werkzeugmacher Karl Maria L [REDACTED], Es [REDACTED]-He [REDACTED],
Ba [REDACTED],
- 3) den Studenten Johannes L [REDACTED], V [REDACTED], F [REDACTED]-
E [REDACTED]-Straße [REDACTED],
- 4) die minderjährige Schülerin Rosemarie L [REDACTED],
- 5) die minderjährige Schülerin Angela L [REDACTED],
zu 4) und 5) beide wohnhaft in V [REDACTED] Friedrich-E [REDACTED]-
Straße 80, und gesetzlich vertreten durch ihren Vater,
den Kläger zu 1),

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

und seine eigenen außergerichtlichen Kosten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte zu 1), die Kläger sowie Heinrich und Magdalena B. sind die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft Fa. Robert B. & Söhne in V. bis zu seinem Tode am 5. Januar 1966 gehörte der Gesellschaft auch der Beklagte zu 2) an. Das Gesellschaftsunternehmen befindet sich seit mehreren Generationen im Besitz der Familie B. Die Kläger sind in die Gesellschaft als Erben der am 30. Oktober 1947 verstorbenen Maria Anna I. geb. B., einer Schwester der übrigen Gesellschafter, eingetreten. Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft lag seit dem Jahre 1943 allein bei den beiden Beklagten. Am Gewinn nahmen die Beklagten und Heinrich B. mit je 26,66 %, Magdalena B. mit 10 % und die Kläger zusammen ebenfalls mit 10 % teil.

Gegenstand des Rechtsstreits ist die Höhe der Tätigkeitsvergütung, die die Beklagten in Anspruch nehmen. Nach § 7 des Gesellschaftsvertrages vom 31. Dezember 1919, den seinerzeit drei inzwischen verstorbene Angehörige der Familie B. geschlossen haben, hat jeder geschäftsführende Gesellschafter Anspruch auf "eine der Zeit seiner bisherigen Betätigung ... entsprechend hohe Vergütung, deren Festsetzung jeweils außerhalb dieses Vertrages im Wege der besonderen Vereinbarung erfolgt". Ob solche Vereinbarungen seit dem Jahre 1943 jemals getroffen worden sind,

- 4 -

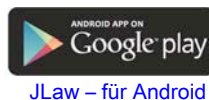
ist zwischen den Parteien streitig. Nach dem Tode der Erblasserin der Kläger haben die Beklagten jahrelang weder Gesellschafterversammlungen einberufen noch formelle Gesellschafterbeschlüsse herbeigeführt; auch die von ihnen aufgestellten Bilanzen haben sie von den Mitgesellschaftern nicht genehmigen lassen. In den Bilanzen für die (vom 1. Juli bis zum 30. Juni laufenden) Geschäftsjahre 1957/58, 1958/59, 1959/60 und 1960/61 sind Gesellschaftsgewinne von 631.834 DM, 329.690 DM, 389.533 DM und 675.202 DM ausgewiesen. Hiervon haben die Beklagten jeweils zu gleichen Teilen insgesamt 256.752 DM, 166.108 DM, 200.858 DM und 336.964 DM als Tätigkeitsvergütung vorab ihren Kapitalkonten zugeschrieben. Den nach Abzug dieser Beträge verbleibenden Gewinn haben sie nach dem Gewinnschlüssel auf die Konten der einzelnen Gesellschafter - für die Kläger auf ein einheitliches Konto - verbucht.

Heinrich und Magdalena B. [REDACTED] haben sich mit dieser Verfahrensweise einverstanden erklärt. Die Kläger sind im Jahre 1962 im Verlauf einer steuerlichen Überprüfung des Betriebes durch den Bericht der Steuerfahndungsstelle auf sie aufmerksam geworden und haben sie beanstandet. Sie sind bereit, sich mit einer Vergütung der Beklagten von je 4.000 DM pro Monat einverstanden zu erklären, halten aber die darüber hinausgehenden Gutschriften für unberechtigt. Zum Ausgleich ihrer hierdurch erlittenen Verluste verlangen sie von den Beklagten, ihrem - der Kläger - Kapitalkonto zu Lasten der Konten der Beklagten für die Geschäftsjahre vom 1. Juli 1958 bis zum 30. Juni 1961 insgesamt 57.667 DM gutzubringen.

Den mit der Klage erhobenen Antrag, die Beklagten zu verurteilen, die Kapitalkonten in dieser Weise zu berichtigen, hat das Landgericht abgewiesen. Das Berufungs-



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

gericht hat ihm dagegen stattgegeben und auf den im zweiten Rechtszug gestellten weiteren Antrag der Kläger festgestellt, die Beklagten seien nicht berechtigt gewesen und nicht berechtigt, für die Geschäftsjahre 1957/1961 Tätigkeitsvergütungen bei der Gewinnverteilung zugrunde-zulegen, zu entnehmen oder ihren Konten gutzuschreiben, soweit die Kläger dadurch in größerem Umfange belastet oder benachteiligt werden, als dies bei einer Geschäftsführervergütung von höchstens 4.000 DM je Monat der Fall sein würde.

Mit der Revision, die die Kläger zurückzuweisen beantragen, verfolgt der Beklagte zu 1) den Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Hinsichtlich des Beklagten zu 2) ist das Verfahren in der Revisionsinstanz ausgesetzt worden.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach § 11 des Gesellschaftsvertrages haben beim Tode eines Teilhabers "mehrere Erben einen den überlebenden Gesellschaftern genehmen gemeinschaftlichen Vertreter zu stellen". In dieser Bestimmung hat das Berufungsgericht keinen Grund gesehen, die Kläger etwa für unbefugt zu halten, die mit der Klage beanspruchten Rechte gerichtlich geltend zu machen. Falls die Klausel überhaupt rechtswirksam vereinbart worden und auch wegen der personellen Veränderungen in der Gesellschaft nicht längst überholt sei, so sei sie doch allenfalls dahin auszulegen, sie solle für die außergerichtliche Vertretung der Erben in der Gesellschaft, nicht aber für eine gerichtliche Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern maß-

gebend sein. Das ist eine Vertragsauslegung, die möglich und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist; die Revision hat insoweit auch nichts eingewandt. Auf die in der Literatur umstrittene Frage, ob es rechtlich zulässig ist, die Rechte persönlich haftender Gesellschafter durch eine Vertreterklausel zu binden, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

II.

Das Berufungsgericht hat offen gelassen, in welcher Höhe den Beklagten (für die Zeit vom 1. Juli 1957 bis zum 30. Juni 1961) eine Tätigkeitsvergütung zugestanden habe, und festgestellt, sie seien jedenfalls nicht berechtigt gewesen, monatlich mehr als je 4.000 DM in Anspruch zu nehmen. Die Ausführungen, mit denen es diese Ansicht begründet hat, halten den Angriffen der Revision stand.

1. Das gilt zunächst, soweit das Berufungsgericht annimmt, die Beklagten könnten ein Recht, die in Anspruch genommenen Vergütungen zu behalten, weder aus einem wirk-samen Festsetzungsbeschluß der Gesellschafterversammlung noch aus einem Gesellschafterbeschluß herleiten, der sie ermächtigt hätte, die Vergütungen jeweils selbst verbindlich festzusetzen.

a) In der Gesellschafterversammlung vom 1. Februar 1965 ist zwar der Beschluß gefaßt worden, den Beklagten solle (auch für die Vergangenheit) monatlich je 8.000 DM als Arbeitsvergütung sowie eine Erfolgsvergütung von je 15 % des nach Abzug der Arbeitsvergütung verbleibenden Reingewinns zugestanden werden. Dem Berufungsgericht ist aber zuzustimmen, daß die Gesellschafter das ohne die

Stimmen der Kläger nicht wirksam beschließen konnten. Der Gesellschaftsvertrag sieht Mehrheitsentscheidungen nicht vor; Beschlüsse müssen daher in der Gesellschaft der Parteien einstimmig gefaßt werden. Die Kläger haben nicht mit abgestimmt, weil es der Anwalt des Beklagten zu 2) als Vorsitzender der Gesellschafterversammlung unter Berufung auf die Vertreterklausel abgelehnt hatte, sie persönlich zur Abstimmung zuzulassen. Ob die Klausel wirksam war, kann auch in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben. Selbst wenn man sie für verbindlich hält, würde das nichts daran ändern, daß es zu einer wirksamen Beschlußfassung auch der Stimmen der Kläger bedurft hätte. In der Literatur wird allerdings die Auffassung vertreten, in den Fällen, in denen zur Beschlußfassung die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich sei, komme ein Beschluß auch ohne die Stimmen der Gesellschafter-Erben zustande, wenn eine Vertreterklausel vereinbart, ein Vertreter aber nicht bestellt worden sei; solange seien die Erben im Sinne des § 119 Abs. 1 HGB nicht "zur Mitwirkung bei der Beschlußfassung berufen" (Hueck, ZfH 125, S. 15 für die Kommanditgesellschaft). Ob dieser Ansicht grundsätzlich zuzustimmen ist, braucht nicht erörtert zu werden. Die Beklagten hätten sich im vorliegenden Fall auf die mangelnde Vertreterbestellung allenfalls berufen können, wenn sie sich so verhalten hätten, wie es die durch die gesellschaftliche Treupflicht gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der Kläger verlangt hätte. Dazu hätten sie die Kläger, die sie bis dahin an Entschließungen niemals beteiligt und über die gesellschaftlichen Verhältnisse im unklaren gelassen hatten, zumindest in der Ladung zur Gesellschafterversammlung auf die Vertreterklausel hinweisen, ihnen damit rechtzeitig zur Benennung eines Vertreters Gelegenheit geben und - weil der Vertreter nach § 11 des Gesellschaftsvertrages allen Mitgesellschaf-

tern "genehm" sein muß - eine allseitige Einigung über dessen Person ermöglichen müssen. Stattdessen haben sie die Kläger persönlich geladen und diese damit im Glauben gelassen, persönlich mit abstimmen zu können. Der erst in der Gesellschafterversammlung erhobene Einwand, sie seien ohne Vertreterbestellung nicht abstimmungsberechtigt, kam daher für die Kläger überraschend. Als sie daraufhin den Kläger zu 1) als ihren Vertreter benannten und um die Zustimmung der anderen Gesellschafter baten, lehnte das der Anwalt des Beklagten zu 2) mit der Begründung ab, er könne sich ohne Instruktion des Beklagten zu 2) dazu nicht erklären. Damit waren die Kläger in der Gesellschafterversammlung im Sinne des § 11 des Gesellschaftsvertrages im wesentlichen aus Gründen nicht vertreten, die nach der besonderen Lage der Dinge den Beklagten zur Last fielen. Diese hätten daher die Kläger persönlich zur Abstimmung zulassen oder die Beschlußfassung bis zu einer Einigung über den Vertreter der Kläger hinausschieben müssen. Dies wäre umso mehr erforderlich gewesen, als sie wußten, daß die Kläger in der umstrittenen Vergütungsfrage eine andere Auffassung vertreten würden als sie selbst und die anderen Mitgesellschafter. Die ohne die Kläger vollzogene Abstimmung war unter diesen Umständen eine grobe Verletzung der gesellschaftlichen Treupflicht und deshalb auf jeden Fall unwirksam.

b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision ferner gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Kläger hätten den Vergütungsansprüchen der Beklagten auch dadurch nicht (stillschweigend) zugestimmt, daß sie bis zum Jahre 1962 gegen die Art und Weise, mit der die Beklagten die Gewinnverteilung gehandhabt haben, niemals Widerspruch er-

hoben hätten. Die Beurteilung des Verhaltens der Kläger in diesem Zeitraum ist eine im wesentlichen tatrichterliche Würdigung, die das Berufungsgericht unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände vorgenommen hat und deren Ergebnis, eine Zustimmung der Kläger sei nicht anzunehmen, aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden kann.

Die Revision sieht zu Unrecht darin einen Verfahrensfehler, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf die Behauptung und den Beweisantrag der Beklagten nicht eingegangen sei, der Kläger zu 1) habe noch am 28. September 1962 die Einkommensteuererklärung für 1961 vorbehaltlos unterschrieben, wie ihn die Firma vorbereitet habe. Ihre Ansicht, zumindest dieses Verhalten müsse als schlüssige nachträgliche Genehmigung der bisherigen Gewinnverteilung und des Verfahrens hinsichtlich der Geschäftsführervergütungen gewertet werden, wird der Sachlage nicht gerecht. Der Kläger zu 1) hatte die Beklagten kurze Zeit vorher (am 14. September 1962) mit einem Schreiben seines Anwalts auf die Bedenken gegen die Geschäftsführung hingewiesen, die er dem Bericht der Steuerfahndungsstelle entnommen hatte. Er hatte Abschriften der Bilanzen und der Gewinn- und Verlustrechnungen für die zurückliegenden Jahre verlangt und Einsichtnahme in die Bücher angekündigt. Auf diese Weise hatte er zu erkennen gegeben, er werde die bisherigen Geschäftsführungsmaßnahmen nachprüfen und gegebenenfalls beanstanden. Für die Beklagten war damit unzweideutig erkennbar, daß die Kläger die Gewinnrechnungen in naher Zukunft keinesfalls billigen würden und daß infolgedessen auch der Kläger zu 1) mit seiner Unterschrift unter die Steuererklärung nichts anderes zum Ausdruck bringen wollte, als dem Finanzamt gegenüber zu bestätigen, was die Gesellschaft

tatsächlich für das Jahr 1961 zu seinen und seiner Kinder Gunsten an Gewinnanteilen verbucht hatte. Das Berufungsgericht hat daher jene von der Revision herangezogene Behauptung der Beklagten und den dazu gestellten Beweisantrag zu Recht als unerheblich außer acht lassen können.

c) Der Revision ist auch darin nicht zu folgen, daß das Berufungsgericht unter Verstoß gegen § 286 ZPO zu dem Ergebnis gekommen sei, auch vor dem Jahre 1947 sei kein Gesellschafterbeschuß gefaßt worden, auf den sich die Beklagten wegen ihrer Tätigkeitsvergütungen berufen könnten. Die Beklagten hatten für folgende Behauptungen Beweis angetreten, den das Berufungsgericht nicht erhoben hat:

"Diese Einigung (gemäß § 7 des Gesellschaftsvertrages über die Höhe der Geschäftsführervergütung) ist in den ganzen vergangenen Jahren stets dahin erfolgt, daß die Mitgesellschafter der Beklagten diesen die Festsetzung der angemessenen Tätigkeitsvergütung überließen, solange ihnen - den Mitgesellschaftern - ein angemessener Gewinnanteil verblieb, der eine gute Verzinsung des Kapitals der Mitgesellschafter darstellte. In den ganzen Jahren seit 1943 ... wurde danach verfahren, und zwar ... im ausdrücklichen Einverständnis sämtlicher Mitgesellschafter, ... auch der Rechtsvorgängerin der Kläger, der verstorbenen Frau I."

Diese Behauptungen wären erheblich, wenn sich aus ihnen - wie die Revision meint - ergäbe, die Gesellschafter hätten in den Jahren 1943 bis 1947 unter Mitwirkung der Erblasserin der Kläger den Gesellschaftsvertrag (mündlich) dahin neu gefaßt, daß die Beklagten für alle Zukunft die Höhe ihrer Tätigkeitsvergütung in der angegebenen Weise selbst bestimmen sollten. Denn wenn das

geschehen wäre, bevor die Kläger in die Gesellschaft eingetreten waren, hätten sie das gegen sich gelten lassen müssen. Die Behauptungen können aber nicht dahin verstanden werden. Aus der Formulierung, eine "Einigung sei in den vergangenen Jahren stets dahin erfolgt" und es sei seit dem Jahre 1943 im ausdrücklichen Einverständnis sämtlicher Mitgesellschafter danach verfahren worden, kann nur entnommen werden, man habe sich damals (1943 bis 1947) von Jahr zu Jahr besonders auf das Bestimmungsrecht der Beklagten geeinigt und sei (nur) insofern im allseitigen Einverständnis von § 7 des Gesellschaftsvertrages jeweils abgewichen; eine generelle Abänderung des Gesellschaftsvertrages, die gerade keine stets wiederholte Einigung verlangt hätte, war damit nicht dargetan. Es wäre auch sehr ungewöhnlich gewesen, hätten die Gesellschafter die Gewinnverteilung in einer Zeit, in der die wirtschaftliche Entwicklung kaum absehbar war, in dieser Weise für immer auf eine völlig neue Grundlage gestellt, die Mitgesellschafter trotz ihres fortbestehenden Verlustrisikos und ihrer persönlichen Haftung auf eine bloß "angemessene" Verzinsung ihrer Kapitalanteile beschränkt und den Beklagten für alle Zeit gestattet, den Hauptteil des Gesellschaftsgewinns in dem Umfang abzuschöpfen, wie sie es später getan haben. Unter diesen Umständen konnte das Berufungsgericht umso weniger auf den Gedanken kommen, die Beklagten hätten trotz ihrer abweichenden Formulierung eine zeitlich unbeschränkte Abänderung des Gesellschaftsvertrages behaupten wollen; der Vorwurf der Revision, dem Berufungsgericht falle zumindest ein Verstoß gegen § 139 ZPO zur Last, weil es den Beklagten nicht Gelegenheit gegeben habe, ihre Behauptungen in dem Sinne, wie sie die Revision verstanden haben möchte, klarzustellen, ist daher ebenfalls nicht berechtigt.

d) Unhaltbar ist auch die Annahme der Revision, ein Gesellschafterbeschuß sei jedenfalls dadurch zustandegekommen, daß die Beklagten die Vergütung in bestimmter Höhe festgesetzt, die Mitgeschafter Heinrich und Magdalena Berninghaus das gebilligt und die Kläger 4.000 DM monatlich zugestanden hätten; in entsprechender Anwendung des § 317 Abs. 2 BGB sei die Durchschnittssumme maßgebend. § 317 BGB regelt den Fall, in dem mehrere an einem Vertragswerk unbeteiligte Dritte die Leistung eines Schuldners nach billigem Ermessen bestimmen sollen. Schuldner der Tätigkeitsvergütung der Beklagten ist die Gesellschaft. Die Gesellschafter sind aber nicht unbeteiligte Dritte im Sinne jener Vorschrift. Die Beklagten sind die Gläubiger der Leistung; die übrigen Gesellschafter sind diejenigen, zu deren Lasten die Leistung geht. Für eine entsprechende Anwendung des § 317 BGB ist bei einer solchen Sachlage kein Raum.

e) Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, daß das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Frage, ob die Vergütungsansprüche der Beklagten in ausdrücklich oder stillschweigend zustandegekommenen Gesellschafterbeschlüssen eine Grundlage gehabt haben, von einer irrtümlichen Beweislastverteilung ausgegangen ist. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Vortrag keiner Partei rechtfertige Vergütungsansprüche der Beklagten von mehr als 4.000 DM monatlich. Auf die Beweislast kam es infolgedessen nicht an. Im übrigen ist der Revision auch nicht zuzustimmen, daß die jahrelang unangefochtene Gewinnverteilung in der Gesellschaft die von den Klägern zu widerlegende Vermutung begründet habe, der von den Beklagten für ihre Vergütungen angewandte Berechnungsmodus sei Vertragsinhalt geworden. Der erkennende Senat hat zwar in dem von der Revision angeführten Urteil II ZR 8/64 vom

17. Januar 1966 (BGH LM HGB Nr. 22 zu § 105) ausgesprochen, eine viele Jahre angewandte, vom Gesellschaftsvertrag abweichende Gewinnverteilung begründe nach der Lebenserfahrung die Vermutung, die tatsächliche Übung habe im Laufe der Jahre eine feste vertragliche Grundlage gefunden. Er hat das aber nur für einen Fall entschieden, in dem eine vom schriftlichen Vertrag abweichende Gewinnverteilung im Einverständnis aller Gesellschafter geschehen ist und erst nach langen Jahren ein Gesellschafter geltend gemacht hat, nunmehr müsse wieder auf den im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Gewinnverteilungsschlüssel zurückgegangen werden. So liegen die Dinge hier nicht. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat es zumindest seit 1947 an einer Verfügung über den Gesellschaftsgewinn gefehlt, die die Zustimmung aller Gesellschafter gehabt hätte.

2. Die Angriffe der Revision sind auch unbegründet, soweit sie sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts richten, die Beklagten könnten ohne dahingehenden Gesellschaftsbeschluss aus dem Gesellschaftsvertrag selbst keinen Anspruch auf eine höhere Tätigkeitsvergütung als monatlich je 4.000 DM herleiten. Die Festsetzung dessen, was den Beklagten als Tätigkeitsvergütung zukommen soll, ist grundsätzlich alleinige Sache der Gesellschafter. Sie liegt damit, weil in der Gesellschaft der Parteien Beschlüsse einstimmig gefaßt werden müssen (§ 119 Abs. 1 HGB), praktisch in der Hand des oder der Gesellschafter, die den geringsten Betrag zubilligen wollen. Daraus ergibt sich, daß die Beklagten mehr als die von den Klägern zugestandenen 4.000 DM monatlich nur dann erhalten könnten, wenn damit ihre Beteiligung am Ertrag der Gesellschaft im Vergleich zu ihrer Tätigkeit unerträglich gering bliebe, eine verständige Weiterverfolgung des Ge-

sellshaftszwecks eine höhere Vergütung unumgänglich notwendig erscheinen ließe und deshalb die Zustimmung der Kläger unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treupflicht ausnahmsweise durch richterlichen Eingriff herbeigeführt werden müßte (vgl. BGHZ 44, 40, 42). Eine solche Sachlage hat das Berufungsgericht, das diese Gesichtspunkte nicht verkannt hat, ohne Rechtsfehler verneint. Die Gesellschaft hat in den vier umstrittenen Jahren einen Durchschnittsgewinn von jährlich 500.000 DM erzielt. Bei einer Tätigkeitsvergütung von jährlich je 48.000 DM würden den Beklagten, die außerdem jeder mit 26,66 % an dem nach Abzug der Vergütungen verbleibenden Gewinn teilnehmen, jährlich zusammen rund 300.000, also $\frac{3}{5}$ der damaligen Jahresdurchschnittserträge der Gesellschaft zufließen. Diese Zahlen lassen ohne weiteres erkennen, daß der Standpunkt der Kläger die Ertragsbeteiligung der Beklagten keineswegs so herabsetzt, daß dies zu ihrer Tätigkeit in keinem sachlich vertretbaren Verhältnis mehr stünde und ein richterliches Eingreifen im gemeinschaftlichen Interesse der Gesellschafter geboten wäre.

Die Ansicht der Revision, für die angemessene Höhe der Vergütung müßten die Einkünfte der Vorstandsmitglieder von Maschinenbauunternehmen oder die Höhe der Provisionen den Maßstab bilden, die die Fa. E. [REDACTED] ihren Handelsvertretern zahle, findet im Gesellschaftsvertrag keine Stütze. Ebenso wenig kann die Revision beanstanden, daß sich die Kläger die sogenannte "Spittaler Formel" zur Richtschnur genommen haben. Das Berufungsgericht hat die von den Klägern bewilligte Höhe der Vergütung nicht gebilligt, weil diese Formel maßgeblich sei, sondern weil die zugestandene Höhe der Vergütung nach der Sachlage keinen Grund biete, in die Freiheit

der Gesellschafter, die Vergütung selbst zu bestimmen, richterlich einzugreifen. Hiergegen ist rechtlich nichts einzuwenden.

III.

Mit dem Berufungsgericht ist nach alledem davon auszugehen, daß die Beklagten vom 1. Juli 1957 bis zum 30. Juni 1961 zu hohe Vergütungen in Anspruch genommen haben. Die dahingehende Feststellung, die das Berufungsgericht auf den Antrag der Kläger ausgesprochen hat, ist daher dem Beklagten zu 1) gegenüber aufrechtzuerhalten. Als geschäftsführender Gesellschafter war der Beklagte zu 1) auch für die Buchungen zugunsten des Beklagten zu 2) mit verantwortlich. Der Feststellungsauspruch behält deshalb ihm gegenüber in seinem ganzen Umfange Bestand.

Da die Beklagten die überhöhten Vergütungen unrechtmäßig bezogen haben, sind sie verpflichtet, die Lage wiederherzustellen, die bestünde, wenn sie lediglich je 4.000 DM monatlich zu ihren Gunsten verbucht hätten. Dazu müssen sie die überhöhten Entnahmen an die Gesellschaftskasse zurückzahlen, damit die vertragsgemäße Gewinnverteilung nachgeholt werden kann. Diesen Anspruch haben die Kläger mit ihrem Leistungsantrag nicht geltend gemacht, obwohl sie (im Wege der actio pro socio) dazu berechtigt gewesen wären. Sie verlangen vielmehr, den auf ihrem Kapitalkonto entstandenen Verlust durch eine bloße Umbuchung zu Lasten der Kapitalkonten der Beklagten wieder auszugleichen. Damit wird zwar von den Beklagten weniger gefordert, als sie von Rechts wegen zu tun verpflichtet wären. Das Berufungsgericht hätte sie aber dennoch dazu nicht verurteilen dürfen. Die Feststellung der

Bilanzen, die Entscheidung über die Verwendung erzielter Gesellschaftsgewinne und damit auch die jeweilige Festsetzung der Kapitalkonten gehört nicht zu den Geschäftsführerbefugnissen, sondern ist Sache aller Gesellschafter. Die beanspruchte Umbuchung könnten die geschäftsführenden Gesellschafter daher nur dann mit Rechtswirksamkeit vollziehen, wenn ihr auch die am Prozeß nicht beteiligten Gesellschafter zugestimmt hätten. Solange deren Einverständnis nicht vorliegt, kann von den Beklagten auch im Klageweg nicht die Umbuchung selbst, sondern vorläufig nur ihre Zustimmung hierzu erzwungen werden. In dem von den Klägern gestellten Umbuchungsantrag ist der weniger weitgehende Zustimmungsantrag eingeschlossen. Die Verurteilung des Beklagten zu 1) gemäß Nr. I der Urteilsformel des Berufungsurteils kann daher aufrechterhalten werden, soweit in ihr auch die Verurteilung liegt, der beantragten Umbuchung zuzustimmen. Der weitergehende Leistungsantrag muß dagegen abgewiesen werden.

IV.

Die Revision des Beklagten zu 1) erweist sich damit hinsichtlich des Feststellungsantrags und im wesentlichen auch hinsichtlich des zuletzt erörterten Leistungsanspruchs als unbegründet. Nur hinsichtlich eines Teiles des Leistungsanspruchs ist das die Klage abweisende Urteil des Landgerichts wiederherzustellen. Mit dieser Maßgabe muß die Revision des Beklagten zu 1) zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 Abs. 2 ZPO. Dem Schlußurteil bleibt die Entscheidung vorbehalten, ob dem Beklagten zu 1) weitere Gerichtskosten und weitere

außergerichtliche Kosten des Klägers zur Last fallen und ob er für die ihm auferlegten Kosten allein oder als Gesamtschuldner mit den Rechtsnachfolgern des Beklagten zu 2) haftet.

Dr. Fischer

Liesecke

Schulze

Bundesrichter
Fleck ist beur-
laubt und daher
nicht in der
Lage zu unter-
schreiben.

Stempel

Dr. Fischer