

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 85/81

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

1. März 1982

Kaufmann

Justizhauptsekretärin

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

1. ...
2. der Hausfrau Ilse D. [REDACTED] geb. M. [REDACTED], B. [REDACTED]
Straße 14, G. [REDACTED],
3. ...
4. des Kaufmanns Reinhard M. [REDACTED], B. [REDACTED] Straße 70,
G. [REDACTED],
Kläger zu 2 und 4 und Revisionskläger,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Dr. Hans M. [REDACTED], B. [REDACTED] 91, U. [REDACTED],
Beklagten und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 1982 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Bauer, Dr. Kellermann, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Rechtsmittel im übrigen wird auf die Revisionen der Kläger zu 2 und 4 das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 2. Februar 1981 insoweit aufgehoben, als die Klage auf Zahlung von 134.523 DM nebst Zinsen an die Kommanditgesellschaft und 20.260,80 DM nebst Zinsen an den Kläger zu 4 abgewiesen worden ist und die Kläger zu höheren Kostenanteilen als nachfolgend genannt verurteilt worden sind:

In I. Instanz Kläger zu 1 63/250, Klägerin zu 2 54/250, Kläger zu 3 36/250 und Kläger zu 4 72/250, insgesamt 9/10; in der II. Instanz Kläger zu 1 22/69, Klägerin zu 2 10/69 und Kläger zu 4 14/69, insgesamt 2/3.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Klägerin zu 2 in Höhe von 5/21 und der Kläger zu 4 in Höhe von 1/3. Über die restlichen Kosten dieses Rechtszuges entscheidet das Berufungsgericht.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte war der einzige persönlich haftende Gesellschafter der Stahlwerk Unna M■■■■ & Co. KG, bevor am 21. Dezember 1972 an seine Stelle die Verwaltungsgesellschaft Hans M■■■■ GmbH trat und er Kommanditist wurde. Kommanditisten waren die Kläger zu 1 bis 3, ferner Gustav M■■■■, der Vater der Kläger zu 1, 2, 4 und des Beklagten, sowie Gustav M■■■■ zweite Ehefrau, Mutter des Klägers zu 4. Am 1. November 1962 starb Gustav M■■■■. Er wurde von den vorstehend genannten Abkömmlingen und seiner Ehefrau beerbt, die am 8. April 1965 ihren Erbanteil auf ihre vier Miterben übertrug. Der Kläger zu 4 wurde aufgrund einer Nachfolgeklausel am 1. November 1962 Kommanditist. Ebenfalls am 8. April 1965 kam die Witwe Gustav M■■■■ mit ihren Mitgesellschaftern überein, daß sie mit Wirkung vom 1. November 1962 gegen eine Zahlung von 40.000 DM aus der Gesellschaft ausschied und ihr Anteil den Mitgesellschaftern im Verhältnis der Kapitalanteile anwuchs.

Die Regelung der Gewinnverteilung sah vor, daß Gustav M■■■■ 20 % des Reingewinns vorweg als Sondervergütung zustand. Der Beklagte teilte jenem diese Vergütung für das Jahr 1961 und die Zeit vom 1. Januar 1962 bis 1. November 1962 nicht zu mit der Folge, daß sich der auf Gustav M■■■■ und den Beklagten zu gleichen Teilen entfallende Restgewinn entsprechend erhöhte und damit dem Beklagten zu Lasten Gustav M■■■■ netto



81.043,20 DM mehr zufließen.

Der Beklagte erhielt für die Jahre 1963 bis 1965 Sondervergütungen in Höhe von 40 % des Reingewinns mit der Maßgabe, daß davon jeweils die Hälfte, nach Abzug von Steuern insgesamt 134.523 DM, vor allem zur Finanzierung anstehender größerer Investitionen dem Kapitalkonto II zuzuführen war. Das unterblieb für die Jahre 1964 und 1965 in Höhe von insgesamt 98.856 DM. Am 5. Dezember 1970 lösten die Gesellschafter die Kapitalkonten II auf: 1,18 Mio. DM wurden zwecks Kapitalerhöhung auf die Kapitalkonten I und der Rest auf die Privatkonten umgebucht, und zwar auf das des Beklagten 499.500 DM und auf das des Klägers zu 438.500 DM. Dabei war man sich einig, daß auch diese Beträge der Gesellschaft bis auf weiteres zu verbleiben hatten. Daran hielt sich der Beklagte nicht. Der Stand seines Privatkontos per 31. Dezember 1972 betrug 328.488 DM.

Die Kläger, die auf dem Standpunkt stehen, daß sie entsprechend ihrer Kapitalbeteiligung an der zweiten Hälfte der Sondervergütung beteiligt sind, verlangten vom Beklagten in erster Instanz neben einem Betrage, der in den Rechtsmittelinstanzen nicht mehr interessiert, die Erstattung der zweiten Hälfte der Sondervergütungen für die Jahre 1963 bis 1965 ohne Kürzung um die Steuern, aber vermindert um den Anteil des Beklagten, in Höhe von insgesamt 191.111 DM (Komplex II) sowie, nach Kürzung um einen

auf den Beklagten als Erben entfallenden Anteil, die Zahlung von 70.912,85 DM als Ausgleich für die Gustav M. in den Jahren 1961/62 vorenthaltene Sondervergütung (Komplex III) - beide Beträge zahlbar in Teilbeträgen an die jeweiligen Kläger, hilfsweise an die Gesellschaft.

Das Landgericht hat dem Kläger zu 4 aus dem Komplex III 50.652,15 DM zuerkannt und im übrigen die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Berufung des Beklagten stattgegeben und die Berufung der Kläger zu 1, 2 und 4 zurückgewiesen, mit der diese aus dem Komplex II 173.790 DM sowie aus dem Komplex III weitere 30.391,05 DM geltend machten. Verlangt wurde Zahlung an die Gesellschaft, hilfsweise zum Komplex II die Feststellung, daß der Beklagte auf seinem Privatkonto ein Guthaben von 164.790 DM zu unterhalten hatte, weiterhin hilfsweise die Verurteilung des Beklagten, von seinem Privatkonto 195.181,05 DM auf ein Konto umzubuchen, über das nur durch Gesellschafterbeschuß verfügt werden durfte. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihre in der Berufungsinstantz erfolglos gebliebenen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat nur zum Teil Erfolg.

I. Komplex II

1. a) Die Gesellschaft hat nur dann einen An-

spruch auf Rückzahlung der - wie nachfolgend unter 2 c ausgeführt, nur einen Teilbetrag des ursprünglich mit einem Entnahmeverbot belegten Guthabens darstellenden - Sondervergütung, wenn der Beklagte diese verbotswidrig entnommen hat. Die Hälfte der für die Jahre 1963 bis 1965 dem Beklagten zugewiesenen Sondervergütung von 40 % des Reingewinns sollte, was am 5. Dezember 1970 nach Auflösung des Kapitalkontos II nochmals bestätigt worden ist und vom Beklagten auch nicht bestritten wird, nicht ausgezahlt werden. sondern der Gesellschaft vor allem zur Finanzierung anstehender größerer Investitionen zur Verfügung stehen. Diese Gebundenheit für betriebliche Zwecke führte allerdings nicht dazu, daß die Kläger, wie diese meinen, einen Anteil an der Sonderzuwendung hätten. Wäre das gewollt gewesen, hätte die Sonderzuwendung sofort und unmittelbar allen Gesellschaftern zugewandt werden können, so daß diese sie auch hätten versteuern müssen. Daß allein der Beklagte Empfänger der Sonderzuwendung war, hat zur Folge, daß diese bei seinem Ausscheiden, spätestens aber nach Beendigung der Gesellschaft allein ihm und nicht auch den Klägern zugute kommt.

b) Vor diesem Zeitpunkt durfte der Beklagte die Vergütung nur entnehmen, falls die Gesellschafter die Entnahmebeschränkung einverständlich aufgehoben haben oder deren Zweck inzwischen entfallen ist. Nach der rechtlich nicht angreifbaren Würdigung des Berufungsgerichts hat der Beklagte die von ihm behauptete Einwilligung seiner Mitgesellschafter in die freie Ent-

nahme der Guthaben auf den Privatkonten nicht bewiesen. Das Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 10. November 1973, das eine Ergänzung des Protokolls der Versammlung vom 22. September 1973 um einen Freigabe-Beschluß vorsieht, hat nur der Beklagte unterschrieben. Die Kläger haben am 10. Dezember 1973 dieser Protokollierung widersprochen und in der Gesellschafterversammlung vom 14. September 1974 dem Antrag des Beklagten, die am 5. Dezember 1970 beschlossene Entnahmebeschränkung aufzuheben, ihre Zustimmung versagt. Daß die Kläger zu einem späteren Zeitpunkt doch noch zugestimmt hätten, hat der Beklagte nicht behauptet.

Die Revision wendet sich aber mit Recht gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte brauche sich infolge der zwischenzeitlichen Entwicklung an der Entnahmebeschränkung nicht mehr festhalten zu lassen. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen diese Entscheidung nicht.

Die Entnahmesperre bezweckt die Kapitalerhaltung und berührt die Haftung der Gesellschafter allenfalls insofern, als diese nicht zum Tragen kommen muß, falls die Gesellschaft zahlungsfähig ist. Wenn das Berufungsgericht trotzdem auf den Wechsel des Beklagten aus der Komplementär- in die Kommanditistenstellung abstellt, so ist dieser Wechsel ein Grund eher für als gegen den Fortbestand der Sperre. Haftet der Gesellschafter unbeschränkt, macht es keinen Unterschied, ob er den ihm zugeflossenen Gewinn der Gesellschaft beläßt oder entnimmt: Der Gläubiger kann auf den Betrag entweder im

Gesellschaftsvermögen oder im Privatvermögen zugreifen und beurteilt nach dem Umfang beider Vermögensmassen die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft. Nach dem Wegfall der unbeschränkten persönlichen Haftung des Beklagten haftete ~~dem~~ Gläubiger jedoch nur noch das Gesellschaftsvermögen, so daß Gläubiger wie Mitgesellschafter ein Interesse daran haben mußten, jenes möglichst intakt zu halten, es insbesondere nicht durch Entnahmen zugunsten eines beschränkt haftenden Kommanditisten zu mindern. Die im Vergleich zu denen der Kommanditisten höheren Gewinnzuweisungen an den Beklagten mögen ihren Grund in dessen unbeschränkter Haftung gehabt haben. Die Entnahmesperre hatte damit aber nichts zu tun. Sie sollte verhindern, daß der Gesellschaft das benötigte Betriebskapital entzogen wurde. Erst wenn dieser, vom Umfang der Haftung des Beklagten unbeeinflusste Grund entfiel, mochte auch die Entnahmesperre entfallen, nicht aber mit Änderung der Gesellschafterstellung.

Auch den Grundsatz der Gleichbehandlung führt das Berufungsgericht zu Unrecht an. Danach kann zwar der Rechtsverfolgung der Kläger der Erfolg versagt sein, wenn nur der Beklagte, nicht aber auch der Kläger zu 4 rechtswidrig entnommene Beträge zurückzahlen soll. Die Behauptung, der Kläger zu 4 habe derartige Entnahmen getätigt, wird aber, wie die Revision mit recht rügt, durch die vom Beklagten selbst vorgelegten Urkunden widerlegt. Auf das Privatkonto des Klägers zu 4 umgebucht und mit einer Entnahmesperre belegt wurden am 5. Dezember 1970 nur 38.500 DM.

Dieser Betrag ist nicht entnommen worden. Die Haben-Salden des Privatkontos des Klägers zu 4 betrugen am 1. Januar 1976 180.440,45 DM, am 1. Januar 1977 130.779,71 DM und am 31. Dezember 1977 ohne den Gewinnanteil 1977 noch 55.321,71 DM. Auch 1979 war das Guthaben durchweg höher als 60.000 DM.

2. a) Damit steht der Fortbestand der Entnahmesperre aber noch nicht fest. Der Beklagte hat weitere Gründe für deren ganzen oder teilweisen Fortfall dargelegt, mit denen sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt und zu denen es keine Feststellungen getroffen hat. Der Beklagte hat behauptet, er habe am 28. Juni 1966, gerade weil ihm in den Jahren 1963 und 1964 nicht 20 %, sondern 40 % Sondervergütung zugewiesen worden seien, auf seinen keiner Entnahmebeschränkung unterliegenden Anteil von 20 % (= 106.802 DM) an den aufgrund der Betriebsprüfung festgestellten Mehrgewinnen für die Jahre 1959 bis 1964 verzichtet, so daß in dieser Höhe die ihm in den Jahren 1963 und 1964 zusätzlich zugewiesenen 20 % von der Beschränkung freigeworden seien; im übrigen sei der Grund für die Entnahmebeschränkung, die damals anstehende Investition, längst erledigt. Der Beschluß vom 28. Juni 1966 könnte für die nicht auf das Kapitalkonto II umgebuchte und folglich von der bei der Auflösung dieses Kontos am 5. Dezember 1970 beschlossenen Entnahmebeschränkung nicht erfaßten Sondervergütung des Jahres 1964 Bedeutung haben. Ferner können die Mitgesellschafter, falls der Grund für die Entnahmebeschränkung später entfallen ist, aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen

Treuepflicht, die ihnen nicht nur gegenüber der Gesellschaft, sondern auch gegenüber ihren Mitgesellschaftern obliegt, gehalten gewesen sein, die Guthaben für die Entnahme freizugeben. Dafür ist aber die Feststellung des Zwecks der Beschränkung erforderlich, insbesondere, ob sie einer bestimmten Investition dienen oder allgemein die Finanzkraft der Gesellschaft stärken sollte, ob das investierte Kapital, nachdem es durch Abschreibungen freigesetzt worden war, nicht für Ersatzbeschaffungen benötigt wurde. Hierzu wird das Berufungsgericht, nachdem die Parteien Gelegenheit gehabt haben, ihren Vortrag zu ergänzen, die erforderlichen Feststellungen treffen müssen. Aus diesem Grunde wird das Urteil teilweise aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

b) Die Aufhebung erfolgt in Höhe des Gesamtbeitrages der Sondervergütung von 134.523 DM. Das Berufungsgericht hat zwar festgestellt, daß der Beklagte entsprechend dem Gesellschafterbeschluß vom 5. Januar 1967 einen Teilbetrag der Sondervergütung von 79.000 DM vorweg mit dem Verlust des Jahres 1972 verrechnet hat. Die Revision rügt aber mit Recht, daß für diese Feststellung eine tragfähige Grundlage fehlt. In den Gesellschafterversammlungen vom 9. März 1974 und 14. September 1974 ist zwar von einem Verlustanteil 1972 die Rede gewesen, um den der vom Kapitalkonto II auf das Privatkonto übertragene Betrag gemindert worden ist, aber nur in der Versammlung vom 9. März 1974 wurde eine Kürzung von rund 79.000 DM (von 499.500 DM auf 420.000 DM) genannt, am 14. September 1974 bezifferte

der Beklagte den Verlustanteil stattdessen mit rund 120.000 DM (von 499.500 DM auf 370.000 DM). Die vom Beklagten vorgelegte Ergebnisverteilung 1972, die eine gesonderte, allerdings rund 40 % des Verlustes betragende Verlustzuweisung von 79.000 DM an den Beklagten ausweist, berücksichtigt nicht die Ergebnisse der Betriebsprüfung und ist deshalb nicht endgültig. Die spätere Betriebsprüfung hat eine Verringerung des Verlustes aus 1972 ergeben, dessen Höhe angesichts des streitigen Vorbringens bisher nicht feststeht.

Da der Beschluß vom 21. Januar 1967 dahin zu verstehen sein könnte, daß dem Beklagten in Verlustjahren jeweils 20 % des Verlustes zu Lasten der ihm in den Jahren 1963 bis 1965 zusätzlich zugestandenen, nicht entnahmefähigen Sondervergütung gesondert zugewiesen werden, wird das Berufungsgericht die Verluste der Jahre 1972 und 1973 feststellen müssen, um die Kürzung der gutgeschriebenen Sondervergütung errechnen zu können. Sollte sich ergeben, daß der Beklagte mit Zustimmung seiner Mitgesellschafter einen über 20 % hinausgehenden Anteil des Verlustes übernommen hat, so wird das Berufungsgericht zu klären haben, ob damit ebenfalls eine Verringerung des mit einer Entnahmesperre belegten Guthabens bezweckt oder der Verlustanteil vorzutragen und durch spätere Gewinne auszugleichen war.

c) Der Beklagte verteidigt sich zu Unrecht damit, sein Privatkonto sei vor der Umbuchung vom 5. Dezember 1970 nie unter die Summe der nicht auf das Kapital-

konto II übertragenen Sondervergütungen für 1964 und 1965 in Höhe von 98.856 DM und nach der Auflösung des Kapitalkontos II und der Umbuchung der 499.500 DM auf das Privatkonto nie unter die Summe aller Sondervergütungen in Höhe von 134.523 DM gesunken. Der Beklagte durfte weder die nicht auf das Kapitalkonto II gelangten Sondervergütungen für 1964 und 1965 in Höhe von 98.856 DM noch die von diesem Konto am 5. Dezember 1970 auf das Privatkonto übertragenen 499.500 DM entnehmen, insgesamt also 598.356 DM. Daß in dieser Höhe sein Privatkonto kein Guthaben mehr ausweist, dieses vielmehr um mehr als die von den Klägern geltend gemachte Sonderzuwendung geringer ist, räumt auch der Beklagte ein. Die Sonderzuwendung ist nur ein Teilbetrag der möglicherweise verbotswidrig getätigten Entnahmen. Daß die Mitgesellschafter das am 5. Dezember 1970 vereinbarte Entnahmeverbot, soweit es über die Sonderzuwendung hinausgeht, aufgehoben hätten, ist - wie schon ausgeführt - vom Beklagten bisher nicht bewiesen worden. Nur dann wäre bei einem Guthaben auf dem Privatkonto in Höhe der Sonderzuwendungen ein Rückzahlungsanspruch entfallen.

3. Klage und Revision sind unbegründet, soweit die Kläger eine höhere Rückzahlung als 134.523 DM geltend machen. Diesen Gesamtbetrag der Sondervergütungen haben die Kläger in der Berufungsbegründung richtig berechnet. Im Schriftsatz vom 8. Oktober 1980 haben sie infolge eines Schreibfehlers ihren Antrag mit 143.523 DM beziffert. Obwohl die Kläger in der Berufungsbegründung selbst vom Gesamtbetrag der Sonder-

zuwendungen ausgegangen sind, haben sie im Schriftsatz vom 27. Oktober 1980 den Antrag um den Teilbetrag in Höhe von 30.267,40 DM erweitert, den in erster Instanz der am Berufungsverfahren nicht mehr beteiligte Kläger zu 3 brutto geltend gemacht hatte, der der Gesellschaft aber nur netto zusteht und in dieser Höhe in den 134.523 DM bereits enthalten ist.

II. Komplex III

Auch soweit es um die dem Mitgesellschafter Gustav M. in den Jahren 1961/62 vorenthaltene Sondervergütung geht, hat die Revision nur teilweise Erfolg.

1. a) Unstreitig hätten dem Mitgesellschafter Gustav M. für 1961 und die Zeit vom 1. Januar 1962 bis 31. Oktober 1962 insgesamt 162.086,40 DM netto des Gewinns vorweg gutgeschrieben werden müssen. Das ist unterblieben. Da der Beklagte den Gewinn dieser Jahre nicht nach dem Gesellschaftsvertrag vom 23. November 1942, der anteilige Verteilung des Restgewinns auf alle Gesellschafter vorsah, sondern aufgrund des unwirksamen Vertrages vom 26. Januar 1954 verteilt hat, nach dem der Restgewinn je zur Hälfte auf ihn und Gustav M. entfiel, ist die Hälfte des "Gewinnvorwegs" dem Beklagten zugute gekommen. Die Erben Gustav M. waren die Kläger zu 1, 2 und 4, der Beklagte und die Ehefrau, die aber am 8. April 1965 ihren Erbanteil auf die Miterben übertrug, so daß diese zu je einem Viertel beteiligt waren. Während man den Kommanditanteil des Vaters

in der Weise ungleich teilte, daß die Kläger zu 1 und 2 zugunsten des Beklagten auf je ein Zwölftel, insgesamt ein Sechstel, verzichteten, gingen der Anteil des Vaters am Kapitalkonto II nach Abzug von 70.000 DM zugunsten des Klägers zu 3 und das Privatkonto des Vaters in vier gleiche Teile. Von der Hälfte, die der Beklagte sich verbotswidrig in Höhe von 81.043,20 DM zugeschrieben hat, gehört ihm also ein Viertel = 20.260,80 DM. Entsprechend hohe Beträge entfielen auch auf die Kläger zu 1, 2 und 4.

In aus Rechtsgründen nicht zu beanstandener Weise hat nun aber das Berufungsgericht festgestellt, daß die Kläger zu 1 und 2 kein Recht auf Zuweisung dieser Beträge haben. Am 24. Oktober 1962 haben die Kläger zu 1 bis 3 und der Beklagte, nachdem sie zuvor auf die Unwirksamkeit des Vertrages vom 26. Januar 1954 hingewiesen hatten, beschlossen, Gustav M. die Sondervergütung 1961 nicht zu gewähren und den Gewinn für das Geschäftsjahr 1961 entsprechend einem im Entwurf vorliegenden Plan auf die Gesellschafter zu verteilen. Dieser Plan soll nach Darstellung des Beklagten vorgesehen haben, daß die Kläger zu 1 bis 3 die ihnen später tatsächlich zugewiesene Sonderdividende von je 35.000 DM als Anteil an der Gustav M. vorenthaltenen Sonderzuwendung bekommen sollten, während die Kläger behaupten, es hätte abweichend vom Wortlaut des Beschlusses damals überhaupt kein Gewinnverteilungsplan vorgelegen, sie seien entsprechend dem Gesellschaftsvertrag vom 23. November 1942 von einer Verteilung des dem Vater vorenthaltenen Anteils nach Gesellschaftsanteilen ausgegangen, Sonderdividenden

16

hätten sie auch schon in den Jahren 1959 und 1960 erhalten. Diese Sonderdividende, auf die die Kläger weder nach dem Verträge von 1942, der ohnehin eine anteilige Verteilung des Restgewinns vorsah, noch nach dem von 1954 einen Anspruch hatten, betrug 1959 10 %, 1960 30 %, 1961 58,33 % und 1961 $33 \frac{1}{3}$ der Kapitalanteile der Kläger. Nach Darstellung des Beklagten beruhte die Sonderzuwendung 1959/60 auf einer einseitigen Anweisung des Vaters, hat eine solche aber für die folgenden Jahre nicht bestanden, so daß insoweit die Zuweisung allein die Verteilung der Sondervergütung des Vaters entsprechend dem am 24. Oktober 1962 vorgelegten Entwurf bezweckt habe. Die Sonderdividende der Kläger zu 1 und 2 in den Jahren 1961/62 in Höhe von je 55.000 DM hat deren Anteil am Gewinn des Vaters in Höhe von 20.260,80 DM bei weitem überstiegen. Die Kläger waren mit der Zahlung dieser Dividende einverstanden und haben einen anderen Rechtsgrund dafür nicht nennen können. Zudem war man schon einmal, und zwar am 29. Juni 1960, übereingekommen, mit Rücksicht auf den Gesundheitszustand des Vaters an der unwirksamen Gewinnverteilungsregelung aus dem Jahre 1954 für den damals zu regelnden Zeitraum bis 1959 festzuhalten. Aus diesen Gründen ist die Feststellung des Berufungsgerichts, die Kläger zu 1 und 2 seien mit der Abgeltung ihres Anteils an der Sonderzuwendung des Vaters durch Zuweisung einer Sonderdividende einverstanden gewesen, möglich und von Rechtsfehlern nicht beeinflusst. An dieser Regelung haben sich die Kläger festhalten zu lassen.

b) Die Revision hat jedoch Erfolg, soweit es um die Rechte des am Beschluß vom 24. Oktober 1962 nicht beteiligten Klägers zu 4 geht. Dieser hat lediglich für die Zeit vom 1. Januar 1962 bis 31. Oktober 1962 eine Sonderdividende von 16.667 DM erhalten, obwohl er erst mit dem Tode seines Vaters Gesellschafter geworden ist. Der Beklagte legt nicht näher dar, den Kläger zu 4 darüber aufgeklärt zu haben, daß dem Vater die Sondervergütung der Jahre 1961/62 nicht gutgebracht worden ist. Die Bilanzen, die der Kläger zu 4 genehmigt hat, ließen die Gewinnverteilung nicht erkennen, so daß schon aus diesem Grunde die Genehmigung der Bilanz nicht zugleich die Zustimmung zur Änderung der vertraglich geregelten Gewinnverteilung enthält. In diesem Zusammenhang müssen die Feststellung der Bilanz und eine vertragliche Änderung der Gewinnverteilung deutlich unterschieden werden. Durch die Feststellung der Bilanz werden deren Ansätze und der sich daraus ergebende Jahresgewinn von den Gesellschaftern verbindlich festgelegt. Kein Teil der Feststellung ist die Verteilung des auf diese Weise ermittelten Gewinns auf die Gesellschafter. Der Gewinnverteilungsschlüssel ergibt sich entweder aus dem Gesellschaftsvertrage oder dem Gesetz. Ist in der Bilanz auf den Privatkonten der Gesellschafter der Jahresgewinn unter Verstoß gegen den vertraglichen Gewinnverteilungsschlüssel verteilt worden, kann die von einem Gesellschafter ausgesprochene Genehmigung der Bilanz nur dann zugleich als schlüssig erklärte Zustimmung zur Vertragsänderung gewertet werden, wenn die Mitgesellschafter nach Treu und Glauben annehmen konnten, daß der Kläger zu 4 die Änderung der Gewinnverteilung kannte oder zumindest mit ihr rechnete. Dafür fehlt jeder Anhaltspunkt.

Auch den Gesellschafterbeschlüssen vom 8. April 1965 und 28. Juni 1966 entnimmt das Berufungsgericht zu Unrecht eine Genehmigung des Klägers zu 4. Die Regelung des Beschlusses vom 8. April 1965, wonach die Gewinnverteilung der Jahre 1962/63 nicht geändert werden sollte, ist im Zusammenhang zu sehen mit der gleichzeitig erfolgten rückwirkenden Änderung der Festkapitalbeteiligung ab 1. November 1962. Da die Gewinne ab diesem Zeitpunkt nach dem bisher bestehenden Verhältnis der Kapitalanteile verteilt worden waren, wurde eine Entscheidung erforderlich, ob es dabei bleiben oder ob mit der Kapitalbeteiligung auch die Gewinnbeteiligung geändert werden sollte. Eine weitergehende Regelung, insbesondere die Billigung einer vertragswidrigen Verteilung der Gewinne für die Zeit vor dem 1. November 1962, ist darin nicht zu sehen. Für den Beschluß vom 28. Juni 1966, der lediglich bestimmt, daß die Sondervergütung des Beklagten sich durch den Mehrgewinn aufgrund der Betriebsprüfung nicht erhöht, sondern durch die Gewinnverteilung der Jahre 1959 bis 1964 abgegolten ist, gilt nichts anderes.

Ist somit davon auszugehen, daß der Kläger zu 4 der Änderung der Gewinnverteilung nicht zugestimmt hat, so war das Kapitalkonto II und ist nach dessen Auflösung das Privatkonto des Beklagten auf Kosten des Klägers zu 4 um 20.260,80 DM zu hoch.

c) Damit ist aber noch nicht gesagt, daß der Kläger zu 4 in dieser Höhe einen persönlichen Zahlungsanspruch gegen den Beklagten hat. Derartige Ersatzan-

sprüche unter Mitgesellschaftern sind nicht schlechthin ausgeschlossen. Sie hängen davon ab, daß der Gesellschafter einen Schaden geltend macht, den er unmittelbar und nicht mittelbar über eine Schädigung der Gesellschaft erlitten hat (vgl. Sen. Urteil vom 8. 2. 1962 - II ZR 205/60, NJW 1962, 359). Ist die Gesellschaft geschädigt worden, geht der Ersatzanspruch ausschließlich auf Zahlung an sie. Nur wenn die Gesellschaft über den Fehlbetrag selbst dann nicht mehr verfügen könnte, wenn - im hier zu entscheidenden Falle - der Beklagte die Sondervergütung dem Privatkonto des Klägers zu 4 ordnungsgemäß gutgeschrieben hätte, hat der Kläger einen persönlichen Anspruch auf Zahlung an sich (vgl. Sen. Urteil vom 4. 7. 1968 - II ZR 47/68, WM 1968, 1086). Entscheidend ist deshalb, ob der Kläger zu 4 die 20.260,80 DM irgendwann hätte entnehmen dürfen, wenn sie ihm am 1. November 1962 gutgeschrieben worden wären. Bestand das Entnahmerecht, kann ihn der Beklagte nicht auf den unabhängig von der Kontenführung möglicherweise noch vorhandenen Entnahmeanspruch gegen die Gesellschaft verweisen. Der Kläger zu 4 hat einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten, der dann auf Zahlung des genannten Betrages am Vermögen der Gesellschaft vorbei unmittelbar an den Kläger zu 4 geht und unabhängig davon ist, ob der Beklagte seinerseits eine Entnahme in dieser Höhe getätigt hat. Mit der Zahlung wird die Gesellschaft von einer möglicherweise noch bestehenden Entnahmeverpflichtung gegenüber dem Kläger zu 4 frei. In jedem Falle bewirkt sie aber, daß die Privatkonten des Klägers zu 4 und des Beklagten, soweit es um die dem Vater der Parteien vorenthaltene Vergütung geht, wieder ordnungsmäßig sind.

16

d) aa) Dürfte der Kläger zu 4 die 20.260,80 DM, wenn sie seinem Privatkonto gutgebracht worden wären, jedoch nicht entnehmen, würde eine Zahlung an ihn das Gesellschaftsvermögen verkürzen. In einem solchen Falle stände der Betrag ausschließlich der Gesellschaft zu, so daß die Kläger nur Zahlung an jene verlangen könnten. Allerdings wäre in diesem Falle der Zahlungsanspruch zusätzlich davon abhängig, daß der Beklagte den Betrag auch tatsächlich entnommen hat. Verfügt die Gesellschaft noch darüber, ist sie nicht geschädigt.

bb) Für die Beantwortung dieser Frage ist wiederum von Bedeutung, ob die bei Zuteilung der Sonderzuwendung der Jahre 1963 bis 1965 sowie zusätzlich am 5. Dezember 1970 beschlossene Entnahmesperre später weggefallen ist, wozu das Berufungsgericht schon in anderem Zusammenhang noch Feststellungen zu treffen hat. Besteht die Sperre nicht mehr, weist aber das Privatkonto des Beklagten mindestens ein Guthaben von 20.260,80 DM auf, so kann der Beklagte diesen Betrag nicht unberechtigt entnommen haben und deshalb auch nicht zur Rückzahlung verpflichtet sein.

cc) Unabhängig von der Frage, ob der Beklagte der Gesellschaft verpflichtet ist oder nicht, hat der Kläger zu 4 ein Interesse an der Feststellung, daß ihm auf Kosten des Beklagten ein um 20.260,80 DM höheres Guthaben zusteht und zugunsten seines Privatkontos das des Beklagten um 20.260,80 DM zu belasten ist. Die Kontenführung ist zwar Sache der Geschäftsführung. Da der Beklagte sich aber auf eine Änderung

der Gewinnverteilung beruft, es also um die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses geht, ist die Klage nicht gegen die Gesellschaft, sondern gegen den Beklagten als Mitgesellschafter zu richten.

Der Kläger zu 4 hat einen dahingehenden Feststellungsantrag zwar nicht ausdrücklich gestellt, dieser ergibt sich aber mittelbar aus einer Kombination zweier Hilfsanträge. In erster Instanz ist nicht nur hilfsweise auf Zahlung an die Gesellschaft geklagt, sondern gleichzeitig die Feststellung verlangt worden, daß jedem Kläger ein bestimmter Teilbetrag dieser Zahlung zustehe. In zweiter Instanz ist zusätzlich hilfsweise beantragt worden, den Beklagten zur Abbuchung eines bestimmten Betrages von seinem Privatkonto zugunsten eines nur der Verfügung durch Gesellschaftsbeschuß unterliegenden Sonderkontos zu verurteilen. Dem Kläger zu 4 stehen 20.260,80 DM zu. Dieser Betrag ist vom Privatkonto des Beklagten abzubuchen, nur nicht zugunsten eines Gemeinschaftskontos, sondern zugunsten des Privatkontos des Klägers zu 4. Sollte die erneute Verhandlung in der Berufungsinstanz ergeben, daß auch den Kläger zu 4 ein Entnahmeverbot traf und damit dessen persönlicher Anspruch auf Zahlung an sich entfällt, wird das Berufungsgericht auf eine Klarstellung der Hilfsanträge hinzuwirken und dann die entsprechenden Feststellungen zu treffen haben.

2 a) Daß dem Kläger zu 4 nur 20.260,80 DM und nicht - wie vom Landgericht zugesprochen - 50.652,15 DM zustehen, folgt daraus, daß nach dem Tode Gustav M. [REDACTED]

die Erb- und Kommanditanteile der Mutter des Klägers zu 4 nicht allein diesem, sondern - wie die Urkunden vom 8. April 1965 über die Veräußerung der Anteile ausweisen - allen Miterben und Mitgesellschaftern übertragen worden sind.

b) Die den Klägern zu 1 und 2 vom Landgericht aberkannten und von ihnen mit der Berufung weiterverfolgten 20.260,70 DM stehen diesen Klägern nicht zu, weil sie - wie ausgeführt - der Gewinnverteilung für 1961/62 zugestimmt haben und sich nunmehr daran festhalten lassen müssen. Die für den Kläger zu 4 zusätzlich geltend gemachten 10.130,35 DM waren in dem vom Landgericht zuerkannten Betrag bereits enthalten, so daß insoweit die Berufung schon deshalb unbegründet war.

Stimpel

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Bundschuh

Brandes