

- b) Von dem Gewinn einer GmbH & Co. KG abhängige Tantiemeansprüche eines ausgeschiedenen Geschäftsführers der Komplementär-GmbH können jedenfalls dann abtretbar sein, wenn die für die Gewinnermittlung maßgebenden Jahresabschlüsse der KG zur Zeit seines Ausscheidens noch nicht vorlagen und ihm vor der Abtretung auch nicht vertraulich von der Gesellschaft mitgeteilt worden sind.

BGH, Urteil vom 8. November 1999 - II ZR 7/98 - OLG Hamm

LG Bielefeld

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhrich und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und Kraemer

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten zu 1 wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 8. Dezember 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als dem Hilfsantrag des Klägers zu I 5. stattgegeben worden ist.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der II. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld vom 19. Mai 1996 wird auch insoweit zurückgewiesen.

- II. Auf die Revision des Klägers wird das Berufungsurteil aufgehoben, soweit sein Antrag zu II in Höhe von 170.000,-- DM nebst Zinsen hieraus abgewiesen worden ist.

Die Sache wird insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich derjenigen der Anschlußrevision des Klägers, soweit darüber durch den Senatsbeschluß vom 4. Oktober 1999 nicht erkannt ist, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, ein Rechtsanwalt, macht gegenüber der beklagten GmbH Ansprüche aus abgetretenem Recht ihres früheren Geschäftsführers Dr. W. G. (künftig: Zedent) geltend. Die Beklagte ist seit 1988 Komplementärin einer KG, die seither das von der Beklagten gegründete Druckereiunternehmen betreibt. Nach dem Tod der Mehrheitsgesellschafterin der Beklagten und der KG, I. Gu., schlossen deren Erben - unter ihnen die überlebende Mitgesellschafterin der Beklagten und der frühere Beklagte zu 2 - am 14. Oktober 1989 einen notariellen Auseinandersetzungsvertrag zur Neuordnung der Beteiligungsverhältnisse. Der seit 1978 als Geschäftsführer der Beklagten tätige Zedent sah darin - ebenso wie der Verwaltungstestamentsvollstrecker Dr. B. - einen Verstoß gegen die testamentarischen Anordnungen der Erblasserin und untersagte dem beurkundenden Notar namens der Beklagten die zum Teil (gem. §§ 108 Abs. 1, 162 HGB) erforderliche Anmeldung der Änderungen zum Handelsregister. In einem anschließenden Rechtsstreit der Erben mit dem Testamentsvollstrecker und der Beklagten wurde durch Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 26. November 1991 die Wirksamkeit des Auseinandersetzungsvertrages festgestellt und die Beklagte verurteilt, die Handelsregisteranmeldung bewirken zu lassen. In einem in diesem Rechtsstreit eingereichten Schriftsatz der damaligen Kläger vom 18. November 1991 wurde die "Bevormundung" der Familiengesellschafter durch Dr. B. und den Zedenten kritisiert und auf die zwischen beiden bestehende Freundschaft verwiesen. Der Zedent nahm u.a. dies zum Anlaß, mit Schreiben an die Gesellschafter der Beklagten und deren Beiratsvorsitzenden Prof. Dr. S. vom 3. Dezember 1991 die außerordentliche Kündigung seines Dienstverhältnisses mit einer Auslauffrist bis zum 29. Februar 1992 zu erklären. Prof. S. ant-



wortete darauf, das Angebot des Zedenten auf sofortige Vertragsaufhebung werde unter Verzicht auf dessen weitere Dienste angenommen, woraufhin dieser mit Schreiben vom 16. Dezember 1991 erwiderte, er habe keine sofortige Vertragsaufhebung angeboten, sondern zum 29. Februar 1992 gekündigt. In der Folgezeit verhandelte der Zedent u.a. mit dem früheren Beklagten zu 2 über eine von ihm beanspruchte Abfindungszahlung der Beklagten. Mit Rundschreiben vom 28. Februar 1992 gab er allen Mitarbeitern sein Ausscheiden aus dem Unternehmen bekannt und war seither nicht mehr für die Beklagte tätig. Von Mai bis Dezember 1992 war er Vorstandsmitglied der I. -N. AG.

Mit seiner im September 1992 eingereichten Klage hat der Kläger von der Beklagten primär die Zahlung einer angeblich am 24. März 1992 zwischen ihr - durch den dazu bevollmächtigten früheren Beklagten zu 2 - und dem Zedenten vereinbarten Abfindung von 1,2 Mio. DM begehrt. Außerdem hat er den früheren Beklagten zu 2 als etwaigen Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Zahlung dieses Betrages in Anspruch genommen. Hilfsweise hat er u.a. - mit dem Antrag zu I 5. - die Feststellung begehrt, daß der Anstellungsvertrag des Zedenten mit der Beklagten fortbestehe und sie dessen vereinbarte Bezüge seit 1. März 1992 weiterzuzahlen habe. Weiter hat er von ihr - mit Antrag zu II - Zahlung von 538.000,-- DM verlangt, darunter gewinnabhängige Tantiemen für die Zeit bis Februar 1992 in Höhe von 170.000,-- DM. Die Beklagte hat hilfsweise die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gegen den Zedenten erklärt. Während des Rechtsstreits bot der Zedent der Beklagten am 8. Februar 1993 seine Dienste schriftlich an, was diese ablehnte.

Das Landgericht hat dem Hauptantrag auf Zahlung von 1,2 Mio. DM gegenüber dem Beklagten zu 2 unter Klagabweisung im übrigen stattgegeben.

Auf die beiderseitigen Berufungen hat das Oberlandesgericht dem Feststellungshilfsantrag zu I 5. mit den Einschränkungen stattgegeben, daß die Beklagte das im Dienstvertrag des Zedenten vereinbarte Festgehalt - ohne gewinnabhängige Tantiemen - für die Zeit ab 8. Februar 1993 (Dienstleistungsangebot des Zedenten) weiterzuzahlen habe unter Anrechnung der in § 615 Satz 2 BGB bezeichneten Werte. Weiter hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 8.000,-- DM nebst Zinsen (aus Antrag zu II) verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Dagegen haben beide Parteien Revision eingelegt. Der Senat hat durch Beschluß vom 11. Januar 1999 die Revision der Beklagten angenommen, soweit sie sich gegen ihre Verurteilung nach dem Klagantrag zu I 5. richtet. Die zunächst auf die Weiterverfolgung gewinnabhängiger Tantiemeansprüche aus den Hilfsanträgen zu I 5. und II beschränkte Revision des Klägers wurde angenommen, soweit sein Antrag zu II auf Tantiemezahlung bis Februar 1992 in Höhe von 170.000,-- DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist. Die daraufhin von dem Kläger eingelegte Anschlußrevision, mit der er sämtliche Haupt- und Hilfsanträge gegenüber beiden Beklagten wieder in Streit stellte, hat der Senat durch Beschlüsse vom 4. Oktober 1999 im Verhältnis zu dem Beklagten zu 2 als unzulässig verworfen und im übrigen nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist im Umfang ihrer Annahme begründet und führt zur Abweisung des Feststellungsantrags zu I 5. Die Revision des Klägers führt im Umfang ihrer Annahme zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Revision der Beklagten:

Von Rechtsirrtum beeinflusst ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte sei wegen Fortbestehens des Dienstverhältnisses mit dem Zedenten gemäß § 324 oder § 615 BGB verpflichtet, das Gehalt des Zedenten ab dem Zeitpunkt weiterzuzahlen, in dem er ihr erfolglos seine Dienste wieder angeboten habe (8. Februar 1993).

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 44, 271, 274) stehen einem Dienstpflichtigen, der aus behauptetem wichtigem Grund die Kündigung seines Dienstverhältnisses erklärt und seine Tätigkeit für den Dienstherrn eingestellt hat, für die Folgezeit - auch bei Unwirksamkeit der Kündigung - grundsätzlich keine Ansprüche gegen den Dienstherrn auf Erfüllung des Vertrages mehr zu. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urt. v. 4. Dezember 1997 - 2 AZR 799/96, BB 1998, 645) kann ein Arbeitnehmer, der nicht nur einmalig spontan, sondern ernsthaft die fristlose Kündigung seines Arbeitsverhältnisses ausgesprochen und hierauf beharrt hat, sich nicht nachträglich auf die Unwirksamkeit seiner Kündigungserklärung und auf den Fortbestand seines Arbeitsverhältnisses berufen, weil er sich damit treuwidrig (§ 242 BGB) in unlösbaren Widerspruch zu seinem eigenen früheren Verhalten setzen würde. Damit wird zugleich dem berechtigten Interesse des Arbeitgebers Rechnung getragen, der in einem solchen Fall regelmäßig auf die Einstellung eines Nachfolgers angewiesen ist und deshalb Vertrauensschutz gegenüber einem nachträglichen Sinneswandel des faktisch Ausgeschiedenen für sich in Anspruch nehmen darf. Dies gilt erst recht nach definitiver Kündigungserklärung und Amtsniederlegung eines Geschäftsführers. Ihm gegenüber bedarf es zum Eintritt dieser Rechtsfolge auch keiner vorherigen Versuche des

Dienstherrn, ihn umzustimmen, was ansonsten zum Schutz eines Arbeitnehmers vor den Folgen eines übereilten Entschlusses geboten sein mag (vgl. BAG aaO).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergäbe sich bei Anwendung der §§ 323 ff. BGB auf derartige Fälle (vgl. dazu Schaub in MünchKomm. z. BGB 3. Aufl. § 615 Rdn. 3; Greger in FS Boujong S. 146, 151 ff.) nichts anderes, weil hier eine etwaige Unmöglichkeit weiterer Vertragserfüllung nach Abbruch des Dienstverhältnisses jedenfalls nicht vom Dienstherrn im Sinne von § 324 Abs. 1 BGB zu vertreten ist und er gegenüber dem Ausgeschiedenen, der sich auf den Fortbestand seines Dienstverhältnisses nicht mehr berufen darf, auch nicht mehr in Annahmeverzug geraten kann (§§ 324 Abs. 2, 615 BGB).

2. Nach diesen Grundsätzen konnte sich der Zedent und kann sich der Kläger auf den Fortbestand des Dienstverhältnisses des Zedenten mit der Beklagten für die Zeit nach Ablauf der von ihm selbst in seiner Kündigungserklärung vom 3. Dezember 1991 bestimmten Auslauffrist zum 29. Februar 1992 nicht mehr berufen. Er hat seine Kündigungserklärung nochmals mit Schreiben an den Beiratsvorsitzenden der Beklagten vom 16. November 1991 sowie mit dem Rundschreiben an alle Betriebsangehörigen am 28. Februar 1992 bekräftigt und anschließend seine Geschäftsführertätigkeit eingestellt, bevor die von ihm behaupteten Abfindungsvereinbarungen vom 17. und 24. März 1992 geschlossen worden sein sollen. Eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses, die der Kläger in seinem Kündigungsschreiben als für ihn unzumutbar bezeichnet hatte, war nicht Gegenstand der Verhandlungen. Mit seinem Dienstleistungs-

angebot vom 8. Februar 1993 konnte er die Beklagte nicht mehr in Annahmeverzug setzen (vgl. oben 1.).

3. Da weitere tatrichterliche Feststellungen zu dem Feststellungsantrag zu I 5. nicht in Betracht kommen, hat der Senat auf die Revision der Beklagten zu 1 in der Sache selbst zu entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) und die Berufung des Klägers gegen das erstinstanzliche Urteil, das die Klage gegenüber der Beklagten zu 1 insgesamt abgewiesen hat, auch hinsichtlich des Antrags zu I 5. zurückzuweisen.

II. Revision des Klägers:

1. Das Berufungsgericht hat dem Kläger, soweit für das Revisionsverfahren jetzt noch von Interesse, die mit Antrag zu II gegenüber der Beklagten u.a. geltend gemachten Ansprüche auf restliche, gewinnabhängige Tantiemen in Höhe von 170.000,-- DM für die Zeit bis zum Ausscheiden des Zedenten bei der Beklagten Ende Februar 1992 mit der Begründung aberkannt, daß die Abtretung dieser Ansprüche an den Kläger gegen das Verbot der Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen einer GmbH gem. § 85 GmbHG verstoße und daher gem. § 134 BGB nichtig sei. Dem stehe nicht entgegen, daß die beklagte GmbH ohnehin (gemäß § 325 HGB) zur Offenlegung ihrer Jahresabschlüsse verpflichtet sei, weil der für die Tantieme des Zedenten maßgebliche Unternehmensgewinn sich gemäß dem 4. Nachtrag zu seinem Anstellungsvertrag vom 11. Januar 1989 nach dem Gewinn der GmbH & Co. KG richte und die KG ihrerseits nicht publizitätspflichtig sei.

2. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

a) Wie der erkennende Senat im Urteil vom 20. Mai 1996 (II ZR 190/95, ZIP 1996, 1341) ausgeführt hat, läßt sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Unabtretbarkeit der Honorarforderungen von Ärzten und Rechtsanwälten gemäß § 134 BGB i.V.m. § 203 StGB (vgl. BGHZ 115, 127; 122, 117) nicht ohne weiteres auf die Abtretung der Vergütungsansprüche eines GmbH-Geschäftsführers übertragen. Dieser Rechtsprechung liegt die Erwägung zugrunde, daß die Erteilung der von dem Zedenten gegenüber dem Zessionar gemäß § 402 BGB geschuldeten Auskünfte es typischerweise erfordert, dem Zessionar neben dem Behandlungs- bzw. Mandantschaftsverhältnis als solchem den Anlaß, die Art und den Umfang der honorarpflichtigen Tätigkeit mitzuteilen, wodurch der Zedent gegen § 203 StGB verstoßen würde. Demgegenüber bedingt die Abtretung von Vergütungsansprüchen des Geschäftsführers einer GmbH nicht typischerweise die ihm durch § 85 GmbHG verbotene Offenbarung von Betriebsgeheimnissen der GmbH; dies gilt zumindest dann, wenn es sich um ein Festgehalt handelt. Auch die von dem erkennenden Senat (aaO) bisher offengelassene Frage der Abtretbarkeit erfolgsbezogener Vergütungsansprüche (Tantiemen) läßt sich jedenfalls nicht generell verneinen. Dies folgt im Hinblick auf den für die Tantieme maßgebenden Gewinn einer GmbH schon daraus, daß ihr Jahresabschluß grundsätzlich gemäß § 325 HGB publizitätspflichtig ist und es deshalb insoweit - zumindest nach Entstehen der jeweiligen Offenlegungspflicht gemäß § 325 HGB - an einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse der GmbH bzw. an einem Betriebsgeheimnis fehlt (vgl. Hachenburg/Kohlmann, GmbHG 8. Aufl. § 85 Rdn. 22; a.A. offenbar Scholz/Tiedemann, GmbHG 8. Aufl. § 85 Rdn. 7).

b) Im vorliegenden Fall sollte sich allerdings die Tantieme des Zedenten nicht nur nach dem Gewinn der beklagten Komplementär-GmbH, sondern (auch) nach demjenigen der GmbH & Co. KG richten, deren Geschäfte von der Beklagten bzw. von dem für sie handelnden Zedenten bis Ende Februar 1992 geführt wurden. Eine KG war und ist zwar nicht im Sinne des § 325 HGB publizitätspflichtig; jedoch besteht keine dem Geheimnisschutz einer GmbH gemäß § 85 GmbHG entsprechende Vorschrift zum Schutz von Betriebsgeheimnissen einer KG. Die Ansicht des Berufungsgerichts (unter Hinweis auf Scholz/Tiedemann aaO § 85 Rdn. 6), zu den durch § 85 GmbHG geschützten Geschäftsgeheimnissen einer Komplementär-GmbH gehörten auch solche des von ihr betriebenen Unternehmens der KG, erscheint wegen des strafrechtlichen Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG) sowie im Hinblick auf § 14 StGB bedenklich, weil der Geschäftsführer einer KG nicht unter § 85 GmbHG fällt. Im Ergebnis kann das aber hier dahinstehen.

c) Jedenfalls betrifft der Schutz des § 85 GmbHG nur Geheimnisse, die den dort genannten Personen "in ihrer Eigenschaft" z.B. als Geschäftsführer im Zusammenhang mit ihrer Amtsführung bekannt geworden sind (vgl. Scholz/Tiedemann aaO § 85 Rdn. 5 m.w.N.). Demgegenüber lagen die für die Berechnung der Tantiemen des Zedenten maßgebenden Jahresabschlüsse für 1991 und 1992 zum Zeitpunkt seines Ausscheidens bei der Beklagten im Februar 1992 noch nicht vor. Der Zedent konnte und kann dem Kläger darüber keine Auskunft gemäß § 402 BGB erteilen, sondern müßte sich diese ohne die Abtretung - ebenso wie der Kläger als Zessionar - in einem grundsätzlich öffentlich zu verhandelnden Rechtsstreit (§ 169 GVG) gegenüber der Beklagten erstreiten. Insoweit stünde der Zedent der Beklagten nicht als Geheimnisträger,

sondern als Anspruchsteller gegenüber, der sich zur Durchsetzung seiner Ansprüche auch eines Rechtsanwalts bedienen dürfte. Daß die Beklagte dem Zedenten in nachwirkendem Zusammenhang mit seiner früheren Geschäftsführerstellung die maßgebenden Jahresabschlüsse vertraulich mitgeteilt habe, ist weder festgestellt noch vorgetragen. Im Gegenteil hat die Beklagte während des Rechtsstreits, worauf die Revision hinweist, mit Schriftsatz vom 16. Februar 1993 eine Tantiemberechnung für das Geschäftsjahr 1991 vorgelegt. Da sonach der Kläger die zur Verfolgung der ihm zedierten Ansprüche erforderlichen Auskünfte weder gemäß § 402 BGB von dem Zedenten erhalten hat noch von diesem erhalten kann, war mit der Abtretungserklärung vom 14. Juni 1992 auch keine Geheimnisoffenbarung seitens des Zedenten verbunden (vgl. zur Abgrenzung BGHZ 122, 115, 117 f.). Grundsätzlich sind Auskunftsansprüche zusammen mit der Hauptforderung abtretbar (vgl. BGHZ 107, 104).

3. Nach allem scheitern die vom Kläger geltend gemachten Tantiemeanprüche nicht an dessen fehlender Aktivlegitimation, wie vom Berufungsgericht angenommen. Das angefochtene Urteil ist daher insoweit aufzuheben. Da das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus konsequent - zur Höhe der Tantiemeforderungen keine Feststellungen getroffen hat, ist die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Im Rahmen der anderweiten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht auch über die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit Schadensersatzansprüchen gegen den Zedenten zu befinden haben, über die das Berufungsgericht bisher nur in Höhe der dem Kläger aus Antrag zu II zuerkannten Forderung von 8.000,-- DM rechtskräftig entschieden hat (vgl. § 322

Abs. 2 ZPO). Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist die dazu vertretene Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Schadensersatzforderungen der Beklagten wegen der von dem Zedenten verweigerten Handelsregisteranmeldung im Jahr 1989 insgesamt an der dem Kläger bis einschließlich 1991 erteilten Entlastung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) scheitern, weshalb der Senat die Revision der Beklagten, soweit sie sich gegen ihre Verurteilung in Höhe von 8.000,-- DM richtete, nicht angenommen hat. Die Entstehung des behaupteten Schadens und daraus resultierender Schadensersatzansprüche gegenüber dem Kläger war den Gesellschaftern der Beklagten zum Zeitpunkt der Entlastung bei sorgfältiger Prüfung zumindest erkennbar, was nunmehrige Schadensersatzforderungen der Beklagten ausschließt (vgl. BGHZ 94, 324, 326; 97, 382, 384). Auf die damals noch fehlende Bezifferung der einzelnen Schadenspositionen kommt es nicht an.

Röhrich

Hesselberger

Goette

Kurzwelly

Kraemer