

# TE OGH 1990/5/21 1Ob567/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.05.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Schubert als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Hofmann, Dr.Schlosser, Dr.Kellner und Dr.Graf als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Sieglinde M\*\*\*, Geschäftsfrau, Wien 18., Witthauergasse 6, vertreten durch Dr.Peter Scheichelbauer, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien

1.) Freya V\*\*\*, Geschäftsfrau, Wien 17.,

Czartoryskigasse 78/17, 2.) Dr.Gerhild M\*\*\*, Geschäftsfrau, Wien 18., Bergfriede 21, beide vertreten durch Dr.Ernst Ploil, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 4,928.151,53 sA und Feststellung, infolge Revision beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 28.September 1989, GZ 1 R 153/89-115, womit infolge Berufung beider Parteien das Zwischen- und Teilurteil des Handelsgerichtes Wien vom 17.Jänner 1989, GZ 13 Cg 234/82-108, mit einer Maßgabe bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision der beklagten Parteien wird nicht, der Revision der klagenden Partei wird hingegen teilweise Folge gegeben. Die Urteile der Vorinstanzen, die in den Punkten 3., 4., 5. und 7. des erstgerichtlichen Urteils als im Revisionsverfahren nicht mehr bekämpft unberührt blieben und insoweit daher in Rechtskraft erwachsen sind, werden im Umfang der Punkte 1. und 2. des erstinstanzlichen Urteiles dahin abgeändert, daß sie zu lauten haben:

"1. Das Klagebegehren, die beklagten Parteien seien zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei den Betrag von

S 4,928.151,53 samt 5 % stufenweisen Zinsen (ON 99, S 10 und 11, - Ersatz des der klagenden Partei aus der Auflösung der Geschwister M\*\*\* OHG entstandenen Schadens, insbesondere des Gewinnentgangs) binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen, besteht dem Grunde nach zur Hälfte zu Recht.

2. Die beklagten Parteien haben der klagenden Partei zur ungeteilten Hand für den Schaden, der dieser infolge der Auflösung der Geschwister M\*\*\* OHG und der Einstellung deren betrieblicher Tätigkeit durch den Verlust der Bestandrechte in Hinkunft erwachsen wird, insbesondere für den Gewinnentgang, jeweils zur Hälfte einzustehen."

Im Umfang der weiteren Anfechtung werden die vorinstanzlichen Urteile bestätigt.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen bleibt dem Endurteil vorbehalten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Mutter der Streitteile, Ludmilla M\*\*\*, eröffnete 1952 aufgrund eines Pachtvertrages mit den ÖBB (1951) auf dem Wiener Westbahnhof in einem von den ÖBB zur Verfügung gestellten Kiosk, der wöchentlich 115 Stunden offen

gehalten werden durfte, in der Vorhalle des Bahnhofs ein Blumenbinder- und Blumenhändlergeschäft. Sie betrieb dieses Unternehmen aufgrund eigener Gewerbeberechtigung. Der Nachlaß der am 17.8.1959 verstorbenen Ludmilla M\*\*\* wurde am 20.4.1960 den Streitparteien je zu einem Drittel eingeworben. Durch den Tod Ludmilla M\*\*\* war das Pachtverhältnis mit den ÖBB beendet. Der Betrieb wurde von der Klägerin, die im Oktober 1959 die Gewerbeberechtigung für das Blumenbindergewerbe erlangt hatte, vorläufig weitergeführt; am 3.3. bzw. 4.4.1960 schlossen die Klägerin und die ÖBB rückwirkend auf den 1.1.1960 einen Pachtvertrag, dessen wesentlichen Punkte lauten:

"1

Die ÖBB bewilligen dem Betriebsinhaber den Betrieb eines Verkaufsstandes für Blumen im Bereich des Bahnhofs Wien Westbahnhof und überlassen die im Punkt 2.....näher bezeichneten bahneigenen Räume.

2

Dem Betriebsinhaber werden nachfolgende bahneigene Räume überlassen: a) der.....Verkaufskiosk im Ausmaß von 14 m<sup>2</sup>  
b) ein Arbeitsraum im Kellergeschoß des Aufnahmegebäudes Wien-West im Ausmaß von 40 m<sup>2</sup>.

3

Der Betrieb des im Punkt 1 bezeichneten Verkaufsstandes für Blumen erfolgt aufgrund des.....Gewerbescheines lautend auf Frau Sieglinde M\*\*\*.

4

Die beigegebenen "Allgemeinen Bedingungen für die Verpachtung von Grundflächen und Räumen zur Ausübung von Gewerbebetrieben und Handelsunternehmungen im Bereich der Österreichischen Staatseisenbahn.....".....bilden wesentliche Bestandteile des Übereinkommens. Die "Allgemeinen Bedingungen" gelten vollinhaltlich, sofern im Übereinkommen selbst nicht anderweitige Vereinbarungen getroffen sind.

.....

5

Als Entgelt für die Bewilligung des Betriebes hat der Betriebsinhaber 4 %.....des umsatzsteuerpflichtigen Umsatzes zu entrichten.....Für die widmungsgemäße Verwendung von bahnspezifischen zur Verfügung gestellten Bahngrundflächen bzw. bahneigenen Räumen ist b. a.w. kein gesondertes Entgelt vorgesehen.....".

Die Klägerin hatte von 1953 bis 1956 das Blumenbindergewerbe im Betrieb ihrer Mutter erlernt, im Unternehmen ständig mitgearbeitet, die Mutter in deren Abwesenheit vertreten und nach deren Erkrankung im Herbst 1958 auch die Geschäftsleitung übernommen. Auch die Erstbeklagte hatte dort von 1956 bis 1959 das Blumenbindergewerbe erlernt

und arbeitete auch danach im Kiosk mit. Die Zweitbeklagte, die eine Mittelschule besucht hatte und 1965 die Matura ablegte, war schon während ihrer Schulausbildung, insbesondere an den Wochenenden und in den Ferien, im Geschäft mittätig.

Am 19.3.1965 schlossen die Streitparteien - die damals durch die Zweitbeklagte durch ihren Vater Prof. Wilhelm M\*\*\* vertreten - einen Gesellschaftsvertrag, dessen wichtigste Bestimmungen lauten:

"1.)

Frl. Sieglinde M\*\*\* betreibt aufgrund des Gewerbescheines.....das "Naturblumenbinder- und -händlergewerbe" im Standort Wien XV., Felberstraße 1, Blumenkiosk Westbahnhof.

2.)

Frl. Sieglinde M\*\*\* nimmt nunmehr ihre Schwestern Frau Freya V\*\*\* und mj. Gerhild M\*\*\*, welche in diesem Betrieb voll, bzw teilweise mittätig sind, als öffentliche Gesellschafter auf und vereinigen sich daher die Schwestern.....zu einer offenen Handelsgesellschaft zum Betrieb des vorbezeichneten Unternehmens.

3.)

Die Firma der Gesellschaft lautet: "Geschwister M\*\*\*". Betriebsgegenstand ist wie bisher die Ausübung des Naturblumenbinder- und -händlergewerbes.

Der Sitz des Unternehmens ist wie bisher in Wien XV., Felberstraße 1.

4.)

Die Gesellschaft beginnt am 1. Jänner 1965 und wird auf unbestimmte Zeit errichtet.

Es steht jedem Gesellschafter das Recht zu, den Gesellschaftsvertrag unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist für das Ende des Geschäftsjahres aufzukündigen. Das Geschäftsjahr fällt mit dem Kalenderjahr zusammen.

.....

5.)

Die Gesellschafter bringen folgende Vermögenseinlagen in die Gesellschaft ein:

a) Frl. Sieglinde M\*\*\* das von ihr bisher betriebene Unternehmen im Einheitswert für 1. Jänner 1965, von

S 140.000,--

.....und ihre Arbeitskraft;

b) Frau Freya V\*\*\* eine

Kapitaleinlage im Barbetrag von S 70.000,--

.....und ihre Arbeitskraft;

c) mj. Frl. Gerhild M\*\*\*

eine Kapitaleinlage im Betrag von S 70.000,--

.....und ihre Arbeitskraft.

6.)

Am Gesellschaftsvermögen, sowie am Gewinn und Verlust sind Frl. Sieglinde M\*\*\* mit 50 % und Frau Freya V\*\*\* und Frl. Gerhild M\*\*\* mit je 25 % beteiligt.

.....

10.)

Die Gesellschafter sind während der Dauer des Gesellschaftsverhältnisses weder berechtigt für eigene oder fremde

Rechnung irgendwelche Geschäfte zu tätigen, die in den Rahmen des Betriebsgegenstandes der Gesellschaft fallen, noch sich unmittelbar oder mittelbar, sei es als selbständiger Unternehmer oder Angestellter, kurz in welcher Rechtsform oder Art der Betätigung immer, an einem anderen gleichwertigen Unternehmen zu beteiligen.

11.)

Die Gesellschaft wird durch die beiden Gesellschafter Frl.Sieglinde M\*\*\* und Frau Freya V\*\*\* gemeinsam vertreten. Die beiden vorgenannten Gesellschafter verpflichten sich, der Gesellschafterin Frl.mj.Gerhild M\*\*\* nach Erlangung der Eigenberechtigung die Vertretungsbefugnis einzuräumen, und zwar soll dann die Genannte jeweils mit einem der beiden anderen Gesellschafter gemeinsam vertretungs- und zeichnungsberechtigt sein.

.....

13.)

Das Gesellschaftsverhältnis erlischt in den nachstehenden Fällen

sofort und fristlos:

.....

d) wenn durch äußere Umstände die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich wird,

e) wenn sich ein Gesellschafter bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verhält, das Firmenvermögen für seine Zwecke mißbraucht oder die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Pflichten wiederholt vernachlässigt.

14.)

Im Falle der Auflösung des Vertrages durch Kündigung seitens eines Gesellschafters sind die nichtkündigenden Gesellschafter berechtigt, das gesellschaftliche Unternehmen mit dem bisherigen Firmenwortlaut weiterzuführen und den Geschäftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters innerhalb eines Jahres nach dem Ende der Kündigungsfrist auszubezahlen.

Die Feststellung der Höhe des Geschäftsanteiles erfolgt aufgrund einer für den Austrittstag aufzustellenden Bilanz, in der auch der ideelle Wert des Unternehmens zu berücksichtigen sein wird.....

.....

18.)

Die Gesellschafter stellen einverständlich fest, daß das Unternehmen nur dann erfolgreich geführt werden kann, wenn sämtliche Gesellschafter womöglich ihre ganze Arbeitskraft zur Verfügung stellen, jedoch mindestens im aliquoten Ausmaß ihrer Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, wobei der Berechnung 84 Wochenstunden zugrunde zu legen sind.

Mit Rücksicht auf den Betriebsgegenstand und auf die Lage des Betriebes (Westbahnhof), sind sämtliche Kalendertage des Jahres, also insbesondere auch die Sonn- und Feiertage Geschäfts- und Arbeitstage.

.....

23.)

Alle Änderungen dieses Gesellschaftsvertrages dürfen nur in schriftlicher Form erfolgen, um rechtsverbindlich zu sein.

24.)

Die Rechtswirksamkeit dieses Gesellschaftsvertrages ist aufschiebend bedingt durch die vormundschaftsbehördliche Genehmigung desselben in Ansehung der mj.Gerhild M\*\*\* und davon, daß die Gesellschaft seitens der Republik Österreich vertreten durch die Bundesbahndirektion Wien berechtigt wird, in sämtliche Bestimmungen des Übereinkommens vom 3.3. bzw. 4.4.1961 einzutreten, da die Gesellschafterin FrI.Sieglinde M\*\*\* das gegenständliche Unternehmen nur im Zusammenhang mit dem vorgenannten Übereinkommen ausüben konnte."

Dieser Vertrag wurde für die Zweitbeklagte vom Bezirksgericht Döbling am 23.4.1965 pflegschaftsbehördlich genehmigt. Mit Schreiben vom 1.6.1965 stimmten die ÖBB dem Eintritt der Gesellschaft in den Bestandvertrag zu. Dem Bestandvertrag waren die Allgemeinen Vertragsbestimmungen für gewerbliche Nebetriebe der ÖBB (AVN-1965) zugrunde gelegt, deren Punkt 15. Bestimmungen über Dauer und Auflösung des Vertrages enthält:

"15,1 Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

15,2 Beiden Teilen steht das Recht zu, den Vertrag jederzeit unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs.....Monaten schriftlich zu kündigen.

15,3 Aus wichtigen Gründen kann der Vertrag von den ÖBB mit sofortiger Wirksamkeit aufgelöst und die Räumung sämtlicher dem Pächter überlassener Räume bzw Bahngrundflächen sowie die ordnungsgemäße Rückstellung der dem Pächter anvertrauten Einrichtungsgegenstände binnen vier Wochen gefordert werden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere dann vor, wenn.....

e) festgestellt wird, daß Bucheintragungen vorsätzlich zum Nachteil der ÖBB vorgenommen oder unterlassen wurden,

f) der Pächter wegen eines Verbrechens strafgerichtlich verurteilt wurde,

g) der Pächter trotz schriftlicher Aufforderung wesentliche Bestimmungen des Vertrages mißachtet.

15,5 Die ÖBB sind in keinem Fall verpflichtet, an den Pächter wegen des Verlustes der Erwerbsquelle eine Entschädigung zu leisten. Der Pächter hat keinen Anspruch auf Ersatz eines Geschäftswertes."

Punkt 1 der AVN-1965 schließt die gänzliche oder teilweise Übertragung der Rechte aus dem Vertrag an oder deren Ausübung durch Dritte aus.

Am 14.5.1965 meldeten die Streitteile die Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister an. Nach dem beigeschlossenen Gutachten der Kammer der gewerblichen Wirtschaft für Wien war Zweck dieser Gesellschaftsgründung die Fortführung des bis dahin von der Klägerin betriebenen gleichartigen Unternehmens. Danach hatte die Bilanzsumme dieses Betriebes zum 31.12.1983 S 118.061,07 betragen; 1964 wurde ein Umsatz von S 1,311.223,60 und von Jänner bis März 1965 ein solcher von S 369.220,50 erzielt. Am 24.5.1965 wurde die Firma ins Handelsregister eingetragen.

Der Gesellschaft (im folgenden kurz OHG) wurde am 15.10.1965 der Gewerbeschein für das "Naturblumenbinder- und -händlergewerbe" am Standort Wien 15., Felberstraße 1, ausgefertigt und von der Gewerbebehörde die Bestellung der Klägerin zum Stellvertreter (Geschäftsführer) zur Kenntnis genommen.

Die Gründung der OHG war vor allem auf Wunsch des Vaters der Streitteile erfolgt, der an der Erhaltung des von der Mutter der Streitteile herrührenden Unternehmens als Familienbetrieb interessiert war. Sinn und Zweck des im Familienkreis erörterten Gesellschaftsvertrages war allein die Fortführung des bis dahin von der Klägerin in den von den ÖBB in Bestand genommenen Räumlichkeiten betriebenen Unternehmens auf dem Wiener Westbahnhof. Dabei war von einem anderen Standort der OHG als dem Wiener Westbahnhof nie die Rede.

Die Klägerin war aufgrund von Punkt 18.) des Gesellschaftsvertrages verpflichtet, zumindest 42 Wochenstunden, die Beklagten dagegen, je 21 Wochenstunden im Betrieb der OHG zu arbeiten. Die Klägerin leistete auch den größten Teil der Arbeit. Der Vater der Streitteile beteiligte sich an der Betriebsführung, beriet die Streitteile und nahm Geldbeträge

zur Verwahrung und Verwaltung entgegen; er war schon für die Klägerin, als sie den Blumenkiosk noch allein betrieb, bei Behörden und Steuerberatern eingeschritten.

Die Klägerin war vor allem mit dem Einkauf befaßt. Auch die Kassabuchführung und Kassengebarung lagen in erster Linie in ihren Händen, sie brachte auch die Geschäftsaufzeichnungen in die von der Gesellschaft bevollmächtigte Steuerberatungskanzlei. Die Unterlagen rührten auch zumeist von der Klägerin her.

Beim Einkauf wurde die Klägerin in den ersten Jahren nach Gesellschaftsgründung von der Erst- und später auch von der Zweitbeklagten unterstützt. Den Streitparteien war der im Blumenhandel übliche Rohaufschlag von 100 %, der bei Qualitätsmängeln allerdings nicht immer zu erreichen war, vertraut. Die Klägerin wurde von den Mitarbeitern der OHG als "Chefin" angesehen und trat auch nach außen hin als Geschäftsführerin auf. Die Umsätze wurden in der Form verbucht, das jene Personen, die den Verkauf tätigten, darunter auch die Streitparteien, die Verkaufsfälle im Blumenkiosk auf Schmierzetteln notierten. Diese zwar "Kassablocks" genannten Schmierzettel waren jedoch weder fortlaufend nummeriert noch datiert. Eine Registrierkasse wurde erst später angeschafft. Insbesondere in Zeiten großen Kundenandrangs unterblieb die Verbuchung der Verkäufe völlig, aber auch sonst wurden die Geschäftsfälle nur lückenhaft verbucht. Der Tagesumsatz wurde mittels Kassasturzes jeweils am Abend nach Geschäftsschluß festgestellt. Der "offizielle" Tagesumsatz wurde dadurch ermittelt, daß Teile der vorhandenen "Kassablocks" zusammengeheftet, nachträglich nummeriert und datiert wurden. Aufgrund dieser Kassablocks wurden die Monatsberichte erstellt, die ihrerseits wieder die Grundlage der Kassaberichte bildeten.

An diesen Verrichtungen waren die Klägerin und beide Beklagte beteiligt. Die Aufzeichnung auf den Kassablocks war Aufgabe der jeweils beim Verkauf tätigen Person. Die Streitparteien konnten die Verkaufspreise anhand der Einkaufspreise bestimmen; der Preis richtete sich je nach Qualität sowie Angebot und Nachfrage. Auch die Kassaberichte wurden - aufgrund dieser Aufzeichnungen - von der Klägerin und beiden Beklagten erstellt. Den Streitparteien war bewußt, daß dabei ein Teil der Umsätze unverbucht blieb; die Tageslosung nahm der damit befaßte Streitpartei am Abend zumeist mit. An vielen Tagen wurden keine Grundaufzeichnungen angefertigt. In den Kassaberichten wurden gegenüber den tatsächlichen Einnahmen erheblich verminderte Tageslosungen verzeichnet. Diese so verfälschten Tageslosungen waren Grundlage für die Umsatzsteuererklärungen und damit auch für die Ermittlung des Bestandzinses an die ÖBB.

Die Umsatzsteuererklärungen 1965 und 1966 wurden von der Klägerin und der Erstbeklagten, die Umsatzsteuererklärung 1967 wurde dagegen von der Klägerin und der Zweitbeklagten unterfertigt. Die monatlichen Umsatzmeldungen an die ÖBB erstattete in den meisten Fällen die Klägerin. Wie den Finanzbehörden meldeten die Streitparteien auch den ÖBB einen gekürzten Umsatz.

1968 kam es zwischen den Streitparteien zunächst deshalb zu Differenzen, weil die Klägerin die alleinige Benützung des Firmenwagens in Anspruch nahm und höhere Entnahmen durchsetzen wollte. Die Beklagten widersprachen und widersetzten sich auch dem Versuch der Klägerin und deren - damaligen - Ehegatten, Ing.Ewald P\*\*\*, die OHG in eine Kommanditgesellschaft umzuwandeln, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Klägerin und deren Kommanditisten die beiden Beklagten sein sollten. Schwerwiegende Differenzen gab es auch wegen der finanziellen Gebarung der OHG, die sich 1969 noch verstärkten. Der Vater der Streitparteien, der die Zweitbeklagte bis zu deren Volljährigkeit vertreten hatte, nahm für die Beklagten Partei. Als die Klägerin - nach einer Erkrankung - die Arbeit im Blumenkiosk am 10.2.1969 wieder aufnahm, entbrannte zwischen den Schwestern erneut ein Streit, weil die Klägerin den Beklagten vorwarf, je S 40.000 aus der Gesellschaftskasse entnommen zu haben, was die Beklagten jedoch bestritten.

Die Klägerin ließ am "Valentinstag" (14.2.1969), einem der umsatzstärksten Tage, den Umsatz durch einen Notarsubstituten überwachen. In Gegenwart der Klägerin und deren Ehegatten öffnete dieser den Schranksafe und stellte die darin befindlichen Geldbeträge in verschiedenen Währungen fest. Die Klägerin unterfertigte zwölf Blätter des Kassaberichtsblocks vom 1. bis 11.2.1969. Gegen 18.00 Uhr erschien der Notarsubstitut in Begleitung der Klägerin und ihres Ehegatten im Blumenkiosk am Wiener Westbahnhof und teilte den Beklagten mit, er wolle im Auftrag der Klägerin Aufzeichnungen über die Umsätze zwischen 18.00 Uhr und 22.00 Uhr machen. Nach Intervention des Bahnhofsvorstandes gaben die Beklagten ihren anfänglichen Widerstand auf und wiesen dem Notarsubstituten einen Platz im Kiosk zu. Am 20.2.1969 teilte er der Klägerin seine Umsatzaufzeichnungen mit; die in der Bahnhofshalle

getätigten Umsätze hatte er allerdings nicht überwachen können. Dieser Umsatzkontrolle zufolge war der Umsatz der OHG wesentlich höher als die verbuchten Beträge. Die Klägerin schlug den Beklagten eine Selbstanzeige vor; die Beklagten lehnten jedoch ab. Im Februar 1969 gab die Zweitbeklagte dem Finanzamt für den

15. Bezirk bekannt, die Klägerin sei erkrankt, weshalb sie die Geschäftsführung übernommen und dabei Unzulänglichkeiten festgestellt habe. Der Kassenbestand stimme nicht und die Umsätze seien nun höher als früher. Hierüber wurde mit der Zweitbeklagten ein Aktenvermerk aufgenommen.

Am 11.4.1969 erstattete der Ehegatte der Klägerin beim Finanzamt eine auf Unterlagen der OHG und eigene - tatsächlich stark überhöhte - Schätzungen beruhende Selbstanzeige, die später von der Klägerin dahin ergänzt wurde, daß sich die Anzeige auf den Zeitraum vom 1.1.1965 bis 3.3.1966 beziehe, und von ihr auch unterfertigt wurde. Am 21.4.1969 setzte sie hievon auch die ÖBB in Kenntnis. Sie überwies an die ÖBB einen Betrag von S 75.000 als Schadensgutmachung. Auf die Selbstanzeige leitete die Finanzbehörde ein Betriebsprüfungsverfahren ein, dessen Ergebnis die ÖBB abwarten wollten.

Noch vor der notariellen Umsatzprüfung war es zwischen den Streitparteien zu Gesprächen über das Ausscheiden der Klägerin aus der OHG gekommen; diese dauerten bis 1971 an, zeitigten jedoch schließlich kein Ergebnis.

Am 17.2.1969 sprachen die Beklagten in der Generaldirektion der ÖBB vor, die auf deren Hinweis, daß nun höhere Umsätze erzielt würden, vorerst keine Reaktion zeigten. Der Zweitbeklagten war vom Finanzamt der Rat erteilt worden, das Unternehmen ordnungsgemäß weiterzuführen. Mit Datum 18.4.1969 verfaßte die Zweitbeklagte ein "Gedächtnisprotokoll" für das Finanzamt für den 15. Bezirk. Dieses Finanzamt ordnete am 25.4.1969 eine Betriebsprüfung für den Zeitraum von 1965 bis 1968 an. Bei dieser wurden die Erlösaufzeichnungen der Monate Februar bis April 1969 mit jenen im gleichen Zeitraum des vorangegangenen Jahres verglichen und dabei wurde festgestellt, daß die vollständig verbuchten Erlöse des Vergleichszeitraumes 1969 selbst unter Bedachtnahme auf einen üblichen Zuwachs von 10 % um rund 75 % höher waren. Für die Jahre 1965 bis 1968 wurden daher Umsatzrechnungen in diesem Ausmaß vorgenommen. Die Verteilung des damit verbundenen Gewinnes auf die Streitparteien erfolgte nach dem Gewinnverteilungsschlüssel im Vertrag, sodaß der gemeinschaftliche Gewinn aus dem Gewerbebetrieb mit 50 % der Klägerin und mit je 25 % den beiden Beklagten zugerechnet wurde. Aufgrund dieses Betriebsprüfungsberichtes wurden im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens die Umsatz- und Gewerbesteuer 1965 bis 1968 neu veranlagt und die Einkünfte aus Gewerbebetrieb für diesen Zeitraum einheitlich und gesondert festgestellt. Die OHG erhob gegen die finanzbehördlichen Bescheide Berufung. Im Zuge des Rechtsmittelverfahrens beantragten die Beklagten, die bei der Betriebsprüfung vorgenommenen Gewinnsschätzungen der Klägerin allein zuzurechnen. Im Verfahren vor der Berufungsbehörde anerkannten die Streitparteien die Schätzungsberechtigung und die Höhe der für die vom Verfahren betroffenen Geschäftsjahre geschätzten Umsätze und Gewinne. Die Berufung gegen die Umsatzsteuer- und Gewerbesteuerbescheide wurde zurückgezogen. Den restlichen Begehren der Streitparteien - dem Begehren der Beklagten, die Zuschätzungen der Klägerin zuzurechnen, bzw. dem Begehren der Klägerin, ihre Gewinnanteile ihrem Vater anzuleisten - gab die Berufungsbehörde mit Bescheid vom 25.7.1975 nicht Folge und stellte fest, daß die Gewinnanteile den Streitparteien im Ausmaß ihrer Beteiligung laut Gesellschaftsvertrag zugeflossen seien. Sie stellte ferner die Höhe der Einkünfte aus dem Gewerbebetrieb für 1965 mit S 735.712, für 1966 mit S 679.000, für 1967 mit S 807.069 und für 1968 mit S 905.149 und weiters fest, daß sowohl die Streitparteien wie auch ihr Vater von den in den Jahren 1965 bis 1968 getätigten "Schwarzgeschäften" sowie den Umsatz- und Gewinnverkürzungen gewußt haben mußten. Solange das Verhältnis zwischen den Streitparteien und ihrem Vater ungetrübt war, seien die Umsatz- und Gewinnverkürzungen im Familienbetrieb der OHG nicht bekannt geworden. Erst nach den Zerwürfnissen habe die Behörde aufgrund der Selbstanzeige vom 10.4.1969 den tatsächlichen Vorkommnissen im Betrieb der OHG in den fraglichen Jahren nachgehen können. Bis dahin seien diese Vorgänge Außenstehenden verborgen geblieben. Den Streitparteien sei aufgrund der mangelhaften Buchhaltung der OHG das genaue Ausmaß der Umsatz- und Gewinnverkürzungen nicht bekannt gewesen, sie hätten aber nicht nur von den "Schwarzgeschäften" Kenntnis gehabt, sondern solche auch selbst getätigt.

Die Beklagten, die die Mitfertigung der Selbstanzeige abgelehnt hatten, riefen dagegen den Verwaltungsgerichtshof an, der die Beschwerde jedoch als unbegründet zurückwies. Die Beklagten hätten die Kassenberichte der OHG kontrolliert, sodaß die Feststellungen der belangten Behörde weder un schlüssig noch rechtswidrig seien. Am 29.8.1969 sprachen die beiden Beklagten erneut bei den ÖBB vor, gaben dort bekannt, daß die Klägerin unter bestimmten finanziellen Bedingungen zum Ausscheiden aus der OHG bestimmt werden könnte, und sagten zu, die ÖBB vom

Ergebnis ihrer Bemühungen zu unterrichten. Die Klägerin war früher stets Ansprechstelle der ÖBB gewesen. Nach einem in der Generaldirektion der ÖBB am 23.10.1969 verfaßten Bericht soll die Geschäftsführung der OHG "faktisch" in den Händen der Klägerin gelegen sein, sodaß den Beklagten die Steuerhinterziehungen nicht zur Last gelegt werden könnten; deshalb wurde vorgeschlagen, das Bestandverhältnis mit der Gesellschaft aufzulösen, mit den Beklagten einen neuen Vertrag abzuschließen und ihnen die Führung des Blumenkiosks bis dahin provisorisch zu überlassen. In Entsprechung dieser Vorschläge lösten die ÖBB das Bestandverhältnis mit der OHG mit Schreiben vom 29.10.1969 unter Berufung auf Punkt 15,3 lit e AVN-1965 mit Ablauf des 31.10.1969 auf und forderten die OHG auf, den Blumenkiosk und die übrigen Räume mit allen Einrichtungs- und Ausstattungsgegenständen der ÖBB an diesem Tag den Beklagten zu übergeben.

Die Beklagten hatten sich verpflichtet, den den ÖBB durch die verkürzten Umsatzangaben entstandenen Schaden zu ersetzen. Das "provisorische" Gebrauchsverhältnis gestattete es den ÖBB, den befristeten Bestandvertrag mit den Beklagten im Falle einer Verurteilung zu lösen.

Die Klägerin forderte die Beklagten am 31.10.1969 auf, wegen der Auflösung des Bestandvertrages ein Protestschreiben an die ÖBB zu unterfertigen. Sie war der Meinung, der Blumenkiosk unterliege trotz § 1 Abs 4 MG den mietrechtlichen Kündigungsbeschränkungen, und drohte den Beklagten gerichtliche Schritte an.

Die ÖBB lehnten die Weiterführung des Blumenkiosks durch alle drei Schwestern trotz Intervention ab, weil die Klägerin als "Chefin" von der Hinterziehung gewußt habe. Die beiden Beklagten unterschrieben schließlich über Anraten des Steuerberaters die Bilanz der OHG 1968 und schickten die erforderlichen Exemplare an die ÖBB. Diese Bilanz war aber unrichtig, weshalb bereits bei der Finanzbehörde ein Verfahren lief. Die Bilanz der OHG zum 31.12.1969 trägt die Unterschrift der Klägerin. Diese Bilanz enthielt eine Rückstellung für "Miete ÖBB" in Höhe von S 1,941.691, die Aktiven waren mit S 2,305.484,05 (Kapital S 1,871.760,51) ausgewiesen. Auf dem Warenkonto wurden die Zukäufe mit S 2,680.381,18, die Erlöse mit S 5,091.859 und der Reingewinn mit S 745.868,36 beziffert. Zum 31.12.1969 wies das Kapitalkonto der Klägerin einen Saldo von S 879.469,66, das der Erstbeklagten einen solchen von S 509.179,12 sowie das der Zweitbeklagten einen Saldo von S 483.091,73 aus. Die Klägerin wollte auch nach der Auflösungserklärung der ÖBB im Blumenkiosk weiterarbeiten. Die Beklagten wandten sich jedoch dagegen, weshalb es erneut zu Auseinandersetzungen kam. Schließlich stellte die Klägerin ihre Tätigkeit im Blumenkiosk zur Gänze ein. Am 6.11.1969 ersuchten die Beklagten die ÖBB um "provisorische" Verpachtung des Blumenkiosks an sie und gaben die Erklärung ab, sie wollten den noch nicht festgestellten Schaden der ÖBB aus den verkürzten Umsatzangaben zur ungeteilten Hand begleichen. Die ÖBB errechneten, gestützt auf die Umsatzschätzungen der Finanzbehörden, für die Jahre 1965 bis 1968 eine Entgeltnachforderung von S 525.067,53, die die Beklagten unter Berücksichtigung der von der Klägerin geleisteten Zahlung von S 75.000 bis zum 25.8.1970 beglichen. Die Entgeltnachforderung wurde zwar vom Rechnungshof später um S 928.000 höher ermittelt, doch hatten die ÖBB nach Entrichtung der Entgeltforderung im Oktober 1970 ausdrücklich erklärt, daß "sohin aus diesem Rechtstitel keine wie immer gearteten Ansprüche.....gegenüber der OHG" bestünden. Zwischen den Vertretern der Streitteile fanden auch nach der Auflösungserklärung wegen des Blumenkiosks - ergebnislose - Vergleichsgespräche statt. Die Beklagten führten den Blumenkiosk nach dem 31.10.1969 weiter. Sie beschäftigten die bisherigen Bediensteten, verwendeten die bestehenden Einrichtungen und veräußerten die vorhandenen Waren. Am 14.9.1970 brachte die Klägerin gegen die Beklagten zu 2 Cg 1295/70 (später 38 Cg 674/71) des Handelsgerichtes Wien die Klage mit dem Begehren auf Entziehung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis für die OHG ein. Das Erstgericht wies dieses Begehren und den Zwischenantrag der Klägerin auf Feststellung, daß das zwischen den Streitteilen mit Gesellschaftsvertrag vom 19.3.1965 vereinbarte Gesellschaftsverhältnis nach wie vor aufrecht bestehe, mit Urteil vom 30.12.1970 ab, das Gericht zweiter Instanz hob das Urteil jedoch auf und verwies die Rechtssache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurück. Das Verfahren wurde am 18.5.1972 bis zur rechtskräftigen Erledigung des gegen die Beklagten wegen Verdachtes der Untreue und der Veruntreuung beim Landesgericht für Strafsachen Wien eingeleiteten Strafverfahrens unterbrochen, jedoch nicht mehr fortgesetzt.

Die Beklagten hatten am 1.11.1969 mündlich eine Erwerbsgesellschaft bürgerlichen Rechts errichtet, den Gesellschaftsvertrag jedoch erst am 1.4.1970 schriftlich festgehalten. Gegenstand dieser Gesellschaft war die gemeinsame Führung der "Blumenbinderei Westbahnhof" aufgrund eines mit den ÖBB abzuschließenden



Pachtvertrages und des auf die Beklagten lautenden Gewerbescheines. Die Beklagten hielten fest, sie seien bis zum Beginn der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gesellschafterinnen der OHG gewesen, die durch die Kündigung des Pachtvertrages seitens der Ö\*\*\* B\*\*\* erloschen sei, die zwischen ihnen

vereinbarte Gesellschaft bürgerlichen Rechtes sei mit dieser weder ident noch deren Rechtsnachfolgerin. Sie brachten je S 5.000 Barkapital und ihre Arbeitskraft in die Gesellschaft ein, waren gemeinsam zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft berufen und an Gewinn und Verlust je zur Hälfte beteiligt. Den Bescheid vom 23.10.1978 über die einheitliche und gesonderte Feststellung von Einkünften der "Firma Gerhild M\*\*\* und Mitges."

für das Jahr 1977 stellte das Finanzamt für den 15. Bezirk dieser Gesellschaft zu Handen der Klägerin zu, die sich vom Bescheid eine Ablichtung anfertigte. Der Gewinn aus dem Gewerbebetrieb ist darin mit S 596.306 festgestellt und auf beide Beklagte je zur Hälfte aufgeteilt. Die vorzeitigen Abschreibungen wurden mit S 56.742,60, die Investitionsrücklage wurde mit S 208.572 anerkannt. Mit Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 10.12.1976 wurden die Streitteile wegen des Finanzvergehens der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs 1 lit a FinStrG, die Beklagten überdies auch wegen des Finanzvergehens der versuchten Abgabenhinterziehung nach den §§ 13 und 33 Abs 1 und 3 lit w FinStrG zu Geld- und bedingten Freiheitsstrafen verurteilt; von der Anklage, sie habe in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken mit der Klägerin, der Erstbeklagten und dem abgesondert verfolgten Vater der Streitteile vorsätzlich Abgabenverkürzungen für 1965 bewirkt, wurde die Zweitbeklagte freigesprochen. Den Nichtigkeitsbeschwerden der Streitteile gab der Oberste Gerichtshof mit Urteil vom 19.6.1979 Folge und sprach die Streitteile vom Anklagevorwurf frei, weil die Strafbarkeit der ihnen angelasteten Finanzvergehen durch Verjährung erloschen sei; die Verfolgungsverjährung sei in Ansehung der Streitteile zu Beginn der Betriebsprüfung (12.5.1969) unterbrochen worden und habe mit Ende 1969 neu zu laufen begonnen, sodaß die (fünfjährige) Frist gemäß § 55 FinStrG vor Urteilsfällung erster Instanz abgelaufen gewesen sei.

Mit Schreiben vom 3.4.1981 teilte die Wiener Handelskammer dem Handelsgericht Wien mit, die zum Betrieb der OHG der Streitteile erforderliche Gewerbeberechtigung sei infolge Entziehung am 17.4.1979 erloschen. Die Aufforderung der Kammer, im Falle einer Betriebseinstellung die Löschung der Firma zum Handelsregister anzumelden, sei von den Streitteilen unbeantwortet geblieben. Der Blumenkiosk am Wiener Westbahnhof werde von der Zweitbeklagten betrieben, die seit 25.12.1969 auch über eine entsprechende Gewerbeberechtigung verfüge. Die Erstbeklagte war am 31.12.1977 aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes mit der Zweitbeklagten ausgeschieden. Das Registergericht forderte die Streitteile auf, die Löschung der OHG zum Handelsregister anzumelden. Die Beklagten stellten darauf auch einen entsprechenden Antrag. Die Klägerin teilte dem einschreitenden Notar hingegen mit, sie könne die Eingabe deshalb nicht unterfertigen, weil der Antrag ihrem Rechtsstandpunkt zuwiderliefe. Mit Verfügung vom 5.2.1982 ordnete das Registergericht die Löschung der Firma Geschwister M\*\*\* (OHG) an und merkte am 18.2.1982 im Register an, daß diese Firma erloschen sei.

Die Klägerin hat die Beklagten aus den dem Konkurrenzverbot im Gesellschaftsvertrag vom 19.3.1965 entspringenden Verpflichtungen nie entlassen. Die Streitteile haben auch nie den Beschluß gefaßt, die OHG aufzulösen und zu liquidieren. Gegenüber der Klägerin nahmen die ÖBB nach Aufkommen der Umsatz- und Gewinnverkürzungen den Standpunkt ein, sie schulde ihnen zwar nichts, die ÖBB wollten mit der Klägerin aber auch nichts mehr zu tun haben. Von den Beklagten war die Klägerin nie ermächtigt worden, die in diesem Verfahren geltend gemachten Ansprüche namens der OHG geltend zu machen. Die Beklagten gingen davon aus, daß die OHG durch die Auflösung des Bestandvertrages seitens der ÖBB erloschen sei. Den ÖBB gegenüber haben die Beklagten nie erklärt, sie seien an den Umsatzverkürzungen mitschuldig. Neben den (Nach-)Zahlungen an die ÖBB haben die Beklagten auch die Abgabenschulden der OHG beglichen. Mit ihrer am 28.5.1971 eingebrachten Klage begehrte die Klägerin zuletzt die Verurteilung der beiden Beklagten zur ungeteilten Hand zur Zahlung von S 4,928.151,53 samt 5 % stufenweisen Zinsen seit Jänner 1970, die Feststellung, die beiden Beklagten seien zur ungeteilten Hand schuldig, der Klägerin - hilfsweise zugunsten der OHG - aus dem Titel des Konkurrenzverbotes alle jene Vorteile herauszugeben, die ihnen aus dem Betrieb des Blumenbinder- und Blumenhandelsgewerbes auf dem Wiener Westbahnhof in Hinkunft zukommen, hilfsweise die Feststellung, die beiden Beklagten seien zur ungeteilten Hand schuldig, der Klägerin - hilfsweise der OHG - den dieser künftig erwachsenden Schaden, insbesondere den Gewinnentgang, der der Klägerin aus der Auflösung der OHG bzw aus der Einstellung deren Tätigkeit infolge Verlustes deren Bestandrechte in Zukunft entstehen werden, zu ersetzen, - mittels Zwischenfeststellungsantrages - die Feststellung, daß die OHG in werbendem Zustand, hilfsweise,

daß sie im Liquidationsstadium, und hilfsweise, daß sie als Gesellschaft bürgerlichen Rechtes rechtlich existent sei, und schließlich die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe des von ihnen am Standort Wien 15., Felberstraße 1 (Wiener Westbahnhof), betriebenen Unternehmens "Blumenbinder- und Blumenhändlergewerbe".

Sie habe an den Umsatzmanipulationen nur in geringem Ausmaß teilgenommen. Der Gesellschaftszweck der OHG sei nicht auf die Führung des Blumenkiosks am Wiener Westbahnhof beschränkt gewesen. Ihr Zahlungsbegehren sei in ihrem Anteil am Gewinn aus dem weiterbestehenden Unternehmen, in ihrem Anspruch auf Schadenersatz infolge Verletzung des Konkurrenzverbotes durch die Beklagten bei aufrechtem Bestand der OHG und im Fortbestand des Konkurrenzverbotes selbst bei Auflösung der OHG begründet, weil die Beklagten die Auflösung dieser Gesellschaft vorsätzlich oder doch zumindest grob fahrlässig (sollte eine solche erfolgt sein) herbeigeführt hätten. Die OHG sei nicht einmal in Liquidation, die Beklagten betrieben das Blumengeschäft am Wiener Westbahnhof vielmehr weiter, bezeichneten sich dabei allerdings als Gesellschaft bürgerlichen Rechtes. Der von der Klägerin angesprochene Betrag sei Schadenersatz, allenfalls die von den Beklagten herauszugebende Vergütung für deren Geschäfte, die als für die OHG eingegangen gelten. Die Ansprüche aus dem Konkurrenzverbot stünden der Klägerin auch zu, sollte die OHG in Liquidation getreten sein, weil die Auflösung dann nur durch das arglistige Erschleichen der Mietrechte im Zusammenwirken mit den ÖBB bewirkt worden sei. Das Konkurrenzverbot sei über die Liquidation der OHG hinaus wirksam geblieben. Die Liquidation sei nicht beschlossen, eine Liquidationsbilanz nicht erstellt und das Gesellschaftsvermögen nicht aufgeteilt worden. An Gesellschaftsvermögen seien bei Kündigung des Pachtverhältnisses durch die ÖBB Ende Oktober 1969 Bargeld und Bankguthaben von etwa S 150.000 und Wertpapiere im Wert zwischen S 70.000 und S 150.000, Einrichtungsgegenstände im Wert von etwa S 150.000 und ein Warenlager im Wert von etwa S 200.000 vorhanden gewesen. Die gegen den Willen der Klägerin erfolgte Löschung der OHG im Handelsregister sage über die rechtliche Existenz der OHG nichts aus. Selbst wenn die OHG aufgelöst sein sollte, müßten die Beklagten der Klägerin den Schaden ersetzen, den diese durch die Auflösung erlitten habe, und weiterhin erleide. Sollte sich die OHG in Liquidation befinden, stehe der Klägerin das von ihr eingebrachte und im Gesellschaftsvertrag mit S 140.000 bewertete Unternehmen (Einzelfirma) zu; tatsächlich seien von ihr S 140.000 Bargeld sowie Einrichtungsgegenstände und ein Warenlager im Gesamtwert von S 200.000 eingebracht worden. Dieses Recht stünde der Klägerin auch bei aufrechtem Bestand der OHG zu, weil den Beklagten schwere Verstöße gegen die gesellschaftliche Treuepflicht zur Last fielen, in dem sie mit den ÖBB wegen Übertragung der Mietrechte an sie persönlich verhandelt hätten.

Die Beklagten bestritten die Beteiligung an den Umsatzmanipulationen, weil die kaufmännische Gestion der OHG bis Anfang 1969 allein in den Händen der Klägerin gelegen sei, und wendeten ein, die Betriebsstätte der OHG sei ausschließlich auf das Geschäft am Westbahnhof festgelegt worden. Die Möglichkeit anderer Betriebsstätten sei weder bei Vertragsabschluß noch je danach erörtert worden; es sei zwischen den Streitparteien klar gewesen, daß die OHG mit dem Betrieb am Westbahnhof stehe und falle. Die Beklagten hätten keineswegs Verhandlungen mit den ÖBB geführt, um die Klägerin aus der OHG zu drängen, die Initiative zum Abschluß eines Pachtvertrages mit den Beklagten sei vielmehr von den ÖBB ausgegangen. Das Konkurrenzverbot sei nach der allein der Klägerin zuzurechnenden Auflösung der OHG nicht mehr wirksam. Dem Herausgabeanspruch stehe entgegen, daß die Klägerin kein Unternehmen, sondern bloß Fahrnisse geringen Wertes in die OHG eingebracht habe. Der Klägerin sei ferner die Aktivlegitimation abzuspochen, weil sie die Klage nicht namens der OHG eingebracht habe. Darüber hinaus seien allfällige Ansprüche der Klägerin auch verjährt.

Das Erstgericht, das das Verfahren auf den Grund des Anspruches eingeschränkt hatte, sprach mit Zwischenurteil aus, das Zahlungsbegehren bestehe den zur ungeteilten Hand haftenden Beklagten gegenüber mit einem allfälligen Auseinandersetzungsguthaben der Klägerin aus der seinerzeitigen OHG und mit einem Viertel des der Klägerin infolge der Auflösung der OHG entgangenen Schadens, insbesondere des Gewinnentgangs, zu Recht (1.); ferner sprach es auch aus, die Beklagten hätten zur ungeteilten Hand für den der Klägerin in Zukunft infolge der Auflösung der OHG bzw der Einstellung deren Tätigkeit infolge Verlustes deren Bestandrechte erwachsenden Schaden, insbesondere den Gewinnentgang, insgesamt zu einem Viertel einzustehen (2.); das Mehrbegehren - hilfsweise - auf Zahlung von S 4,928.151,53 sA an die OHG (3.), auf Herausgabe des Unternehmens der OHG an die Klägerin

(4.) sowie die übrigen, auch hilfsweise gestellten Feststellungsbegehren, darunter das Begehren, die beiden Beklagten seien zur ungeteilten Hand schuldig, der Klägerin, hilfsweise der OHG, aus dem Titel des Konkurrenzverbotes alle jene Vorteile herauszugeben, die den Beklagten aus dem Betrieb des Blumenbinder- und -handelsgewerbes auf dem

Wiener Westbahnhof in Zukunft zukommen (6.), wies es ab; den Zwischenfeststellungsantrag der Klägerin wies es zurück (5.). Es führte zufolge des eingangs wiedergegebenen Sachverhaltes aus, nach dem Gesellschaftsvertrag habe das Gesellschaftsverhältnis sofort und fristlos erlöschen sollen, wenn die Erreichung des Gesellschaftszweckes durch äußere Umstände unmöglich werde. Betriebsgegenstand der OHG sei "wie bisher" die Ausübung des Naturblumenbinder- und- händlergewerbes am Unternehmenssitz am Wiener Westbahnhof gewesen. Dieses Gewerbe habe auch die Klägerin vorher nur aufgrund des Übereinkommens mit den ÖBB ausüben können. Die Rechtswirksamkeit des Gesellschaftsvertrages sei daher auch von der Zustimmung der ÖBB abhängig gemacht worden.

Gesellschaftszweck sei allein der Betrieb des Blumenkiosks am Wiener Westbahnhof gewesen. Von anderen Standorten sei nie die Rede gewesen. Durch die Erklärung der ÖBB vom 29.10.1969 sei die OHG aufgelöst worden, weil die Erreichung des Gesellschaftszweckes dadurch unmöglich geworden sei. Die OHG habe - auch - zum Nachteil der ÖBB Umsatzverkürzungen vorgenommen. Im Gesellschaftsvertrag könnten auch auflösende Bedingungen vereinbart werden. Die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft müßte von allen Gesellschaftern beschlossen werden; die Mitarbeit der Klägerin einige Tage über den 31.10.1969 hinaus lasse nicht den Schluß auf die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft zu, weil dies gegen den erklärten Willen der Beklagten erfolgt sei. Gerichtliche Schritte gegen die ÖBB hätten angesichts der Umsatzverkürzungen der OHG nur unnötige Prozeßkosten verursacht. Mit der Auflösung der Gesellschaft sei auch das Wettbewerbsverbot für die Beklagten weggefallen. Daß die Klägerin in der Folge ein Blumengeschäft in Wien 7., Mariahilferstraße 22-24, betrieben habe, zeige, daß sich die Klägerin aufgrund der Ereignisse selbst nicht mehr an das Wettbewerbsverbot gebunden gefühlt habe. Trotz der Treuepflicht der Gesellschafter könne es den Beklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß sie den ÖBB gegenüber die Mitwirkung an den Umsatzverkürzungen nicht eingestanden hätten. Da dies auch das Strafrecht vom Täter nicht fordere, könne auch das Handelsrecht solches nicht von einem Gesellschafter verlangen. Dem Begehren auf Herausgabe des Unternehmens sei schon deshalb der Boden entzogen, weil die Beklagten den Blumenkiosk ohne Zustimmung der ÖBB nicht an die Klägerin übergeben dürften (Punkt 1,1 AVN-1965). Der Erstbeklagten fehle insoweit infolge ihres Ausscheidens aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes (auch) die Passivlegitimation. Die aufgelöste OHG, die weder über einen eigenen Standort noch eine Gewerbeberechtigung verfüge, könne nicht in werbendem Zustand existieren, sodaß das darauf abzielende Feststellungsbegehren ins

Leere gehe. Überdies sei mit dem zu 38 Cg 674/71 des Handelsgerichtes Wien erhobenen Feststellungsbegehren, "daß das zwischen den Streitparteien.....vereinbarte Gesellschaftsverhältnis.....nach wie vor aufrecht bestehe", Streitanhängigkeit gegeben. Die Zwischenanträge auf Feststellung seien letztlich nur verbale Abwandlungen dieses Feststellungsbegehrens, weil sie ebenfalls auf Feststellung eines aufrechten Gesellschaftsverhältnisses abzielten. Der Gesellschaftsvertrag vom 19.3.1965 habe keine Bestimmungen über die Liquidation getroffen, sodaß die gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden seien. Die Gesellschafter hätten über die Liquidation der OHG nicht Beschluß gefaßt. Der Löschung im Handelsregister komme nur deklarative Bedeutung zu, sodaß die Liquidation auch nach der Löschung solange nicht beendet sei, als gemeinschaftliches Vermögen vorhanden sei, der innere Ausgleich unter den Gesellschaftern sei jedoch nicht Aufgabe der Liquidation. Da die Gesellschafter Ausgleichsansprüche untereinander einvernehmlich regeln oder auf dem Prozeßwege verfolgen könnten, müsse keine Liquidation eingeleitet werden. Mangels erforderlicher Abwicklung sei die Klägerin aktiv legitimiert. Auch der Zustimmung der Beklagten zur Klagsführung bedürfe die Klägerin gegen sie nicht, weil die OHG nach außen hin voll beendet sei. Die Verjährungseinwendung gehe fehl, weil die Streitparteien bis 1971 Vergleichsgespräche geführt hätten. Ansprüche aus der Verletzung des Konkurrenzverbotes bestünden deshalb nicht, weil dieses mit der Auflösung der OHG weggefallen sei. Anhaltspunkte für die Annahme, die Beklagten hätten im Zusammenwirken mit den ÖBB die Bestandrechte am Kiosk arglistig erschlichen, hätten sich nicht ergeben. Die wechselseitigen Selbstanzeigen seien ebenso wie die notarielle Umsatzkontrolle Teil des "Kampfes" der Streitparteien untereinander und ein Versuch gewesen, den Gegner ins Unrecht zu setzen und ihm die Verantwortung für die Umsatzverkürzungen aufzubürden. Diese Taktik sei auch noch angewendet worden, obgleich die Verfahren bereits ergeben hätten, daß alle drei Schwestern an den Umsatzverkürzungen mitgewirkt hätten. Nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens hätten alle drei Schwestern an den Manipulationen, die zur Angabe geringerer Umsätze der OHG und damit zur Verkürzung des Bestandzinses geführt hätten, mitgewirkt; diese Vorgänge seien den Streitparteien bekannt gewesen. An der Auflösung der OHG treffe

daher die Klägerin und die Beklagten ein Verschulden, weil die Auflösung Folge der durch die Bestandzinsverkürzung bewirkten Auflösung des Bestandverhältnisses gewesen sei. Das Beweisverfahren habe keine Anhaltspunkte geliefert, daß die Streitparteien die tatsächlichen Umsätze nicht hätten verbuchen können. Da auch die Beklagten fallweise mit dem Einkauf befaßt gewesen seien, sei ihnen ebenso wie der Klägerin bekannt gewesen, daß nicht die gesamten Tagesumsätze verbucht worden seien. Allerdings seien die Kassengebarung, die Kassabuchführung und der Einkauf hauptsächlich in der Hand der Klägerin gelegen, weshalb die Streitparteien an der Auflösung der OHG kein gleichteiliges Verschulden treffe, sondern jenes der Klägerin überwiege. Das Verschulden der Klägerin sei mit drei Vierteln, jenes der Beklagten mit zusammen einem Viertel zu bewerten. Der Klägerin stehe daher gegen die Beklagten nur ein Anspruch auf Ersatz eines Viertels jenes Schadens zu, der ihr aus der Auflösung der OHG, insbesondere durch den Gewinnentgang, in Zukunft entstehen werde. Außerdem stehe ihr auch der Anspruch auf ein allfälliges Auseinandersetzungsguthaben in Bezug auf die OHG zu, daß allenfalls um den von der Klägerin mitverschuldeten, inzwischen aber abgedeckten Schaden zu mindern sei. Nach Art 7 Nr 18 EVHG stünden der Klägerin jene Gegenstände zu, die sie der OHG zur Benützung überlassen habe, soweit diese noch vorhanden seien. Da das Klagebegehren auf jeden erdenklichen Rechtsgrund gestützt werde, sei beim Zahlungsbegehren auch der Anspruch der Klägerin auf ein allfälliges Auseinandersetzungsguthaben zu berücksichtigen.

Das Berufungsgericht hob das erstinstanzliche Zwischenurteil, das in seinem Punkt 8 unbekämpft geblieben war, in seinem Ausspruch über den Anspruch der Klägerin auf ein allfälliges Auseinandersetzungsguthaben zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung durch das Erstgericht auf und bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung im übrigen Umfang, im restlichen Punkt 1 allerdings mit der Maßgabe, daß das Zahlungsbegehren beiden zur ungeteilten Hand haftenden Beklagten gegenüber im Ausmaß eines Viertels des der Klägerin aus der Auflösung der OHG entstandenen Schadens, insbesondere des Gewinnentganges, dem Grunde nach zu Recht bestehe; es sprach aus, daß der Wert des Streitgegenstandes aller Herausgabe- und Feststellungsbegehren jeweils S 300.000 übersteige. Es übernahm die erstinstanzlichen Feststellungen als Ergebnis eines mangelfreien Verfahrens und einer unbedenklichen Beweiswürdigung und führte zu den Rechtsrügen der Streitparteien aus, die Auflösung einer OHG sei nur in den Fällen und in der Form möglich, in denen sie vom Gesetz vorgesehen sei; die Auflösungsgründe seien im Gesetz taxativ aufgezählt. Hierzu zähle der Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist. Auch die Vereinbarung des Eintritts einer auflösenden Bedingung als Beendigungsgrund sei zulässig. Das treffe hier zu. Einerseits erlösche das Gesellschaftsverhältnis fristlos, wenn die Erreichung des Gesellschaftszweckes durch äußere Umstände unmöglich wird, andererseits sei der OHG durch die infolge langjähriger Malversationen der Streitparteien gerechtfertigte Auflösung des Bestandverhältnisses durch die ÖBB ein Fortbetrieb ihres einzigen Betriebsgegenstandes (Ausübung des Naturblumenbinder- und -händlergewerbes auf dem Wiener Westbahnhof) unmöglich gemacht worden. Der Blumenkiosk habe nur im Einverständnis mit den ÖBB betrieben werden können. Die Fortführung der Gesellschaft sei faktisch unmöglich gewesen, weil die ÖBB mit der Klägerin nichts mehr hätten zu tun haben wollen. Der Betrieb eines

Blumengeschäftes an anderem Standort sei nicht Gegenstand des Gesellschaftsvertrages gewesen. Die Auflösung der Gesellschaft bedeute in der Regel nur den Übergang von der werbenden Tätigkeit in die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern; deren Ende sei die Vollbeendigung der Gesellschaft. Die Löschung einer Personenhandelsgesellschaft im Handelsregister wirke nur deklarativ und beeinträchtige die Partei- und Prozeßfähigkeit der Gesellschaft so lange nicht, als ihre Rechtsverhältnisse Dritten gegenüber noch nicht abgewickelt seien. Solange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden sei, bestehe die Gesellschaft - außer bei Konkurs - bis zur Vollbeendigung der Liquidation oder der anderweitig vereinbarten Auseinandersetzung fort. Die gesamthänderische Bindung des Gesellschaftsvermögens bestehe somit grundsätzlich auch im Liquidationsstadium fort. Das Vermögen der Gesellschaft sei der Verfügung des einzelnen Gesellschafters weiterhin entzogen und nunmehr der gemeinschaftlichen Verfügung durch sämtliche Gesellschafter als Liquidatoren unterworfen. Die Streitteile hätten nach der Auflösung der OHG nun aber keinerlei Schritte in Richtung einer gemeinsamen Liquidation der OHG unternommen; vielmehr hätten die beiden Beklagten aufgrund eines neuen Bestandvertrages das Geschäftslokal mit dem Personal und den Warenvorräten übernommen und den Geschäftsbetrieb in Form einer neuen Gesellschaft unter Ausschluß der Klägerin fortgesetzt. Im allgemeinen müsse sich aber kein Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft ohne ihn gefallen lassen, er habe vielmehr Anspruch auf Durchführung der Liquidation, damit so sein Abfindungsguthaben festgestellt und ihm ausbezahlt und er von den Gesellschaftsschulden befreit werde. Dennoch sei eine Liquidation hier nicht erforderlich, weil keine gemeinschaftlichen Beziehungen zu Dritten mehr zu lösen seien; der innere Ausgleich unter den früheren Gesellschaftern sei nicht Aufgabe der Liquidation. Die Gesellschafter könnten solche Ansprüche einvernehmlich regeln oder im Prozeßweg - wie hier - austragen. Der Erstrichter habe die rechtliche Existenz der OHG zutreffend verneint. Im vorliegenden Fall fehle für eine Liquidation im Sinne des § 145 HGB jeder Hinweis; das von der OHG betriebene Unternehmen sei - abgesehen von den eigenen Bestandrechten - bis 1978 von den Beklagten und nach dem Ausscheiden der Erstbeklagten allein von der Zweitbeklagten weitergeführt worden. Keine Auflösung im Sinne der §§ 131 ff HGB sei die Umwandlung der OHG durch Vertrag oder Wegfall eines der im § 105 HGB genannten Merkmale in eine Kommanditgesellschaft oder Gesellschaft bürgerlichen Rechtes. Die Gesellschaft, also das vertragliche Band zwischen den Beteiligten und das ihnen gemeinsam zustehende Gesamtvermögen, bestehe dann fort, lediglich ihre Rechtsnatur wandle sich; das treffe hier aber nicht zu. Das Bestandverhältnis sei im Hinblick auf § 1 Abs 4 MG nicht dem Mietengesetz unterworfen, sodaß es vom Bestandgeber vorzeitig aus wichtigem Grund aufgelöst werden könne. Daß die massiven Bestandzinskürzungen einen solchen Grund darstellten, sei nicht zu bezweifeln. Die Aktivlegitimation sei zu bejahen. Die OHG habe ihre Ansprüche grundsätzlich derart geltend zu machen, daß sie als Klägerin auftrete. Für die Frage, ob ein Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft berechtigt sei, ausnahmsweise Ansprüche im eigenen Namen geltend zu machen und Leistungen an die Gesellschaft zu verlangen, sei zu unterscheiden, ob es sich um Ansprüche aus "dem Gesellschaftsverhältnis" oder um solche aus einem anderen Rechtsverhältnis, also "einem Drittverhältnis" handle. Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis ("Sozialansprüche") könnten sich nur gegen einen Gesellschafter richten. Die Verfolgung solcher Ansprüche stehe in erster Linie der Gesellschaft zu; jeder einzelne, selbst von der Geschäftsführung oder -vertretung ausgeschlossene Gesellschafter einer noch fortbestehenden Personenhandelsgesellschaft könne Sozialansprüche sogar im eigenen Namen geltend machen, aber nur Leistung an die Gesellschaft fordern. Das gelte auch bei Auflösung der Gesellschaft und unerlaubten Handlungen geschäftsführender Gesellschafter zum Nachteil der übrigen. Leistung an sich selbst könne ausnahmsweise dann gefordert werden, wenn und so weit dies bei der aufgelösten Gesellschaft die Auseinandersetzung vorwegnehme und eine weitere Auseinandersetzung erspare, etwa weil keine Gesellschaftsverbindlichkeiten und außer der Forderung an den Gesellschafter kein Vermögen vorhanden sei. Im vorliegenden Fall müsse nicht geprüft werden, ob der Schadenersatzanspruch der Klägerin aus "einem Drittverhältnis", etwa aus unerlaubter Handlung gegenüber der Gesellschaft, oder aus "dem Gesellschaftsverhältnis", etwa aus der Verletzung der Geschäftsführerpflichten, abgeleitet werde, weil sie jedenfalls nicht nur klagsberechtigt sei, sondern Leistung an sich selbst verlangen könne. Das Wettbewerbsverbot gemäß § 112 HGB bestehe grundsätzlich nur bis zur Auflösung der Gesellschaft, es sei denn, die Gesellschaft halte dennoch ihren werbenden Betrieb aufrecht oder der Liquidationszweck würde dadurch beeinträchtigt werden. Anhaltspunkte für solche Ausnahmen fehlten. Nach der Auflösung der OHG sei es den Beklagten auch nicht zumutbar gewesen, mit der Vorbereitung eigener künftiger Geschäftstätigkeit im Geschäftszweig der OHG bis zu deren Vollbeendigung zuzuwarten. Sie seien vielmehr zur Wahrung eigener Interessen durchaus berechtigt gewesen, schon vorher die eigene Geschäftstätigkeit aufzunehmen. Zu den den Beklagten erlaubten

Vorbereitungshandlungen zähle die Gründung einer neuen Gesellschaft ebenso wie der Abschluß eines neuen Bestandvertrages mit den ÖBB. Ein Verstoß der Beklagten gegen das Wettbewerbsverbot liege daher darin nicht. Die Klage werde im Sinne des § 1497 ABGB dann nicht gehörig fortgesetzt, wenn der Kläger eine ungewöhnliche Untätigkeit bekunde und dadurch zum Ausdruck bringe, daß ihm an der Erreichung des Prozeßzieles nichts gelegen sei. Nach der Rechtsprechung könne aber aus der Untätigkeit des Klägers noch nicht auf Verjährung geschlossen werden, sofern er zur Vornahme der Prozeßhandlung nicht verpflichtet gewesen sei, um dem Verfahrensstillstand wirksam zu begegnen. Er sei daher nicht verpflichtet, beim säumigen Prozeßgericht zur Vermeidung der Rechtsnachteile im Sinne des § 1497 ABGB Anträge zu stellen. Allerdings dürfe der Kläger auch nicht auf unbegrenzte Zeit im Prozeß untätig bleiben. Das Erstgericht habe die Verhandlungstagsatzung vom 12.3.1976 zur Beischaffung des Strafaktes sowie zu einer Anfrage an das Strafgericht auf unbestimmte Zeit erstreckt. Aktenkundig seien eine Reihe von Betreibungen an das Landesgericht für Strafsachen Wien, die allerdings alle er

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)