

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 122/67

URTEIL

Verkündet am

24. März 1969
Kaufmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Kurt E [REDACTED], A [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Gerhard A [REDACTED], A [REDACTED], K [REDACTED] Straße [REDACTED]

Kläger, Widerbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Kuhn und der Bundesrichter Dr. Schulze, Fleck, Stimpel und Dr. Bauer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 8. Mai 1967 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um eine stille Beteiligung des Klägers an einem Unternehmen des Beklagten.

Der Kläger war Kommanditist der Firma Arn. A. O. Diese Kommanditgesellschaft ("KG") errichtete, nachdem der Kläger für sie die Vorverhandlungen geführt hatte, durch Vertrag vom 28. November 1958 mit dem Beklagten eine GmbH. Die GmbH sollte in Räumen der KG unter Ausnutzung ihrer Einrichtungen und ihrer Vertriebsorganisation Farben herstellen und vertreiben, die der Beklagte vorher in seiner Drogerie entwickelt und in geringerem Umfang auch schon produziert und verkauft hatte. Das Stammkapital der GmbH betrug 20.000 DM, die Stammeinlage des Beklagten 12.000 DM und die der KG 8.000 DM. Der sich aus der Bilanz ergebende Reingewinn war im Verhältnis 60 (Beklagter) zu 40 (KG) zu verteilen. Geschäftsführer der GmbH wurden die Parteien, wobei dem Kläger die kaufmännische Leitung oblag.

Mitte 1959 drohte eine Kundin der KG, sie zu boykottieren, wenn sie als Rohstofflieferant der Lackindustrie sich weiterhin durch Beteiligung an einem anderen Unternehmen auf dem Gebiet der Anstrichstoffe betätige. Darauf legte der Kläger sein Amt als Geschäftsführer der GmbH nieder, und die KG trat durch notariellen Vertrag vom 10. Juli 1959 ihren Geschäftsanteil an den Beklagten ab. Eine Gegenleistung wurde in dem Vertrag nicht vereinbart. Am selben Tage übertrug der Beklagte auf Grund des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften vom 12. November 1956 das Vermögen der GmbH unter Ausschluß der Abwicklung auf sich selbst als Einzelkaufmann. Seitdem führt er das Unternehmen unter der Firma "W[REDACTED]-Farben, Inhaber Kurt E[REDACTED]", nachfolgend "W[REDACTED]-Farben" genannt. Bis zum 1. April 1964 wurden die Farben weiterhin in Räumen der KG hergestellt, für deren Überlassung die KG jetzt allerdings ein Entgelt erhielt. Bis Mitte 1960 wurden auch die Büroarbeiten dort erledigt, danach im Hause des Beklagten. Der Kläger führte nach dem 10. Juli 1959 die Bücher weiter. Seit dem 1. Januar 1961 führte sie der Steuerberater We[REDACTED]. Er erstellte für die Jahre 1959 bis 1962 auch die Steuerbilanzen. In der Eröffnungsbilanz zum 1. Juli 1959 wies er für den Kläger ein Kapital von 447,59 DM und für den Beklagten ein Kapital von 544,45 DM aus und führte die Kapitalkonten bis zum 31. Dezember 1962 auf 33.663,34 DM für den Kläger und 63.727,71 DM für den Beklagten fort. Dabei verteilte er die Gewinne jeweils im Verhältnis 40 zu 60 und brachte dem Beklagten ab 1. Januar 1962 eine Tätigkeitsvergütung von monatlich 1.000 DM gut. Auf

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



diese Vorabvergütung hatten sich die Parteien geeinigt, weil der Zeitaufwand des Beklagten für das Unternehmen größer geworden war als der des Klägers. Der Beklagte unterzeichnete die Bilanzen und reichte sie dem Finanzamt ein. Ende 1963 weigerte er sich, dem Kläger die Bilanz für 1962 vorzulegen, weil der Kläger nicht Teilhaber des Unternehmens und auch nicht am Gewinn beteiligt sei. Mit Schreiben vom 8. Januar 1964 kündigte er vorsorglich ein etwa bestehendes Beteiligungsverhältnis fristlos aus wichtigem Grund, weil der Kläger eine nennenswerte Tätigkeit in der Firma nicht mehr ausübe. Mit Schreiben vom 26. Juni 1964 kündigte er, da der Kläger der fristlosen Kündigung widersprochen hatte, ein etwa noch bestehendes Gesellschaftsverhältnis fristgemäß zum Jahresende. Dem Finanzamt reichte er für die Jahre 1959 bis 1962 "berichtigte Bilanzen" ein.

Der Kläger behauptet unter anderem, Mitte 1959 habe man vereinbart, das Unternehmen der GmbH in der Form einer stillen Gesellschaft weiterzuführen. Im Innenverhältnis habe er - der Kläger - alle Rechte und Pflichten erhalten, die bisher die KG gehabt habe. Demgemäß hätten die Kapitalkonten der Eröffnungsbilanz zum 1. Juli 1959 der Höhe nach den Kapitalkonten der Umwandlungsbilanz zum 30. Juni 1959 entsprochen. Die KG habe zwar keine Einlage in Geld geleistet, aber - das ist unstreitig - Maschinen in die Gesellschaft eingebracht und sich für einen der GmbH gewährten Kredit verbürgt gehabt. Er selbst habe nach der Umwandlung Maschinen und Geräte eingebracht, und die KG habe für die Überlassung ihrer Einrichtungen und Fabrikationsräume einschließlich Strom und Wasser nur eine Anerkennungsgebühr verlangt und ihre Fracht- und Personalleistungen unter deren Wert, teilweise nur zum Selbstkostenpreis, be-

rechnet. In der Aufbauzeit sei auch sein persönlicher Einsatz sehr groß gewesen. Später habe er sich auf die eigentliche Geschäftsführung beschränken können.

Er hat mehrere Feststellungsanträge gestellt, die dahin zielen, daß er bis zum 31. Dezember 1964 zu 40 % am Gewinn und am Vermögen der Firma W■■■■-Farben beteiligt gewesen und vom Beklagten entsprechend abzufinden sei.

Der Beklagte macht unter anderem geltend, Ende Oktober 1959 hätten sie zwar vereinbart, daß der Kläger weiterhin die Bücher führe, den Betrieb kaufmännisch leite und die Gebäude der KG unentgeltlich zur Verfügung stelle. Unter diesen Voraussetzungen habe der Kläger als stiller Gesellschafter mit 40 % an dem Geschäft beteiligt werden sollen, habe aber seine Zusage nicht eingehalten. Er - der Beklagte - habe sich bis in das Jahr 1962 hinein wiederholt bemüht, den Kläger in einer noch festzulegenden Form zu beteiligen. Zu bestimmten Abmachungen sei es jedoch nicht gekommen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte im Wege der Widerklage gleichfalls mehrere Feststellungsanträge gestellt, die dahin zielen, daß der Kläger überhaupt nicht oder doch in weit geringerem Umfange, als von ihm behauptet, an der Firma W■■■■-Farben beteiligt gewesen sei; außerdem hat der Beklagte hilfsweise die Feststellung beantragt, daß der Kläger ihm wegen Nichterfüllung seiner Beitragspflichten schadensersatzpflichtig sei.

Das Oberlandesgericht hat die Widerklage abgewiesen, die Berufung zurückgewiesen und unter Neufassung des Urteils festgestellt

- a) daß die Kündigung vom 8. Januar 1964 unwirksam gewesen sei,
- b) daß der Kläger bis zum 31. Dezember 1964 mit 40 % an dem bilanzmäßigen Gewinn der Firma W■■■■-Farben beteiligt gewesen sei,
- c) daß dem Kläger zum 31. Dezember 1964 ein Auseinandersetzungsanspruch zustehe, dessen Höhe unter Zugrundelegung der Kapitalanteile zum 31. Dezember 1962 von 63.727,71 DM für den Beklagten und von 33.663,34 DM für den Kläger und unter Berücksichtigung der späteren Einlagen und Entnahmen der Parteien sowie einer Beteiligung des Klägers von 40 % an den nach Abzug einer Tätigkeitsvergütung von monatlich 1.000 DM für den Beklagten verbleibenden späteren Reingewinnen, an den stillen Reserven und an dem Geschäftswert der Firma W■■■■-Farben zum 31. Dezember 1964 zu ermitteln sei.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, verfolgt der Beklagte seine Anträge zur Klage und zur Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Abschluß einer Vereinbarung, wonach der Kläger im Innenverhältnis zu 40 % an Geschäftsergebnis und am Vermögen der Firma W■■■■-Farben habe beteiligt sein sollen, ergebe sich aus

den vom Beklagten unterzeichneten und dem Finanzamt eingereichten ursprünglichen Bilanzen und den Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen. Die Zeugen hätten nicht bestätigt, daß die Parteien den Vertrag schriftlich hätten niederlegen wollen oder daß es Punkte gebe, die nach der Auffassung des Beklagten einer Regelung bedurft hätten, aber ungeregelt geblieben seien, und daß der Kläger seine Einlagepflicht verletzt habe. Diese Einwendungen des Beklagten seien im übrigen unerheblich; denn die Parteien hätten ihr Gesellschaftsverhältnis in Vollzug gesetzt: Sie hätten in den Bilanzen entsprechende Kapitalkonten geführt, hätten die Gewinne jährlich verteilt und versteuert, hätten zur Herstellung und zum Vertrieb von Farben mit bestimmt abgegrenzten Aufgabengebieten, aber ohne gegenseitige Weisungsbefugnis oder Unterworfenheit zusammengearbeitet und hätten den Kläger unter anderem zwei Geldinstituten gegenüber noch im Jahre 1962 als stillen Teilhaber des Beklagten bezeichnet, dem der Beklagte Bankvollmacht erteilt habe. Selbst wenn die Mitarbeit des Klägers unzureichend gewesen wäre, hätte das den Beklagten ohne vorherige Abmahnung nicht zur fristlosen Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses berechtigt, zumal die Parteien der Mehrarbeit des Beklagten durch die Zubilligung einer Tätigkeitsvergütung ab 1. Januar 1962 Rechnung getragen hätten. Eine Schadensersatzpflicht des Klägers lasse sich schon deshalb nicht feststellen, weil der Beklagte nicht dargetan habe, daß er die etwa fehlende Einlage des Klägers angemahnt habe und ihm aus der Nichtzahlung der Einlage ein Schaden entstanden sei.

Die dagegen gerichteten Revisionsangriffe sind unbegründet.

1. Das Berufungsgericht legt dar, bei der Verhandlung vom 10. Juli 1959 seien sich die Beteiligten nach der Bekundung des Notars D. [REDACTED] darüber einig gewesen, "daß die Beteiligung A. [REDACTED] in Form einer stillen Beteiligung erhalten bleiben solle".

Die Revision hält diese Feststellung für unmöglich, weil eine Beteiligung der KG an der GmbH, die in eine stille Beteiligung an dem Handelsgewerbe des Beklagten hätte umgewandelt werden können, überhaupt nicht bestanden habe. Eine Barcinlage habe die KG nicht geleistet, und eine Sacheinlage habe sie nicht leisten können, weil eine Sacheinlageverpflichtung im GmbH-Gesellschaftsvertrag nicht verlautbart worden sei.

Auf die rechtswirksame Leistung einer Einlage der KG kam es jedoch für die Feststellung des Berufungsgerichts nicht an. Es genügte vielmehr, daß die Parteien bei Errichtung der stillen Gesellschaft übereinstimmend davon ausgegangen sind, die KG sei an dem Kapital der GmbH mit 447,59 DM beteiligt gewesen. Das aber hatten sie angenommen, wie die Bilanzen zum ~~30.~~ Juni und 1. Juli 1959 ergeben.

An diesen Bilanzen muß sich der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts festhalten lassen. Der Tatbestand des Berufungsurteils bezeichnet es als unstreitig, daß der Beklagte "die Bilanzen" unterzeichnet habe. Damit meint das Berufungsgericht auch die Eröffnungsbilanz zum 1. Juli 1959. Das entsprach dem Vortrag des Beklagten S. 26 der Berufungsbegründung. Der Schriftsatz vom 26. Mai 1967, in dem der Beklagte die Unterzeichnung der Bilanzen dann allerdings bestritten hat, liegt

erst nach der Verkündung des Berufungsurteils. Alles das übersieht die Revision. Gegenüber dem weiteren Einwand des Beklagten, die Bilanzen seien von dem Kläger eigenmächtig vorbereitet und von dem Steuerberater übernommen worden, hat das Berufungsgericht ausgeführt, der Steuerberater habe bekundet, alle Bilanzen aus eigener Verantwortung erstellt zu haben, wobei in erster Linie die Erklärungen des Beklagten über das Beteiligungsverhältnis des Klägers maßgebend gewesen seien, ferner aber auch die Unterlagen, die er in der ersten Zeit vom Kläger, später vom Beklagten erhalten habe. Damit hat das Berufungsgericht die Aussage des Steuerberaters, wie ein Vergleich mit dem Vernehmungsprotokoll ergibt, richtig wiedergegeben, also auch auf einer zutreffenden Grundlage gewürdigt.

Es ist ohne Belang, daß die Beträge, die vor der Errichtung der Bilanz zum 30. Juni 1959 auf dem Kapitalkonto der KG gutgebracht worden waren, nicht aus einer Bareinzahlung gestammt, sondern, wie der Beklagte im Schriftsatz vom 12. März 1965 S. 7 vorträgt, den Gegenwert für Maschinen gebildet hatten, die die KG der GmbH übereignet hatte. Denn im Jahre 1959 stand nicht die Gründung einer GmbH mit Sacheinlage, sondern die Errichtung einer stillen Gesellschaft in Frage.

2. Die Revision kommt auf die Behauptung zurück, es sei der Abschluß eines schriftlichen Vertrages ins Auge gefaßt gewesen, und der Beklagte habe den Kläger häufig daran erinnert, sei aber von ihm immer wieder vertröstet worden. Die Revision meint, der Kläger hätte diese Behauptung widerlegen oder aber beweisen müssen, daß die Schriftform nur zu Beweis Zwecken verein-

bart worden sei; mindestens hätte das Berufungsgericht den Beweisantritten des Beklagten für seine Behauptung nachgehen müssen.

Dieser Revisionsangriff ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat in seiner Hilfsbegründung unterstellt, die Parteien hätten die Beurkundung des Vertrages verabredet gehabt, hat aber dem Verhalten der Parteien entnommen, der Beurkundung habe entgegen der Auslegungsregel des § 154 Abs. 2 EGB keine rechtsbegründende, sondern nur klarstellende oder abändernde Bedeutung zukommen sollen. Diese Feststellung liegt auf tatsächlichem Gebiet und läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Auch die Revision zeigt keinen solchen auf. Sie versucht lediglich, die Tatsachenwürdigung des Berufungsgerichts durch ihre eigene zu ersetzen, wenn sie aus der angeblichen Weigerung des Klägers, einen dem Beklagten genehmen schriftlichen Gesellschaftsvertrag abzuschließen, folgert, dem Kläger sei bewußt gewesen, daß ein Vertragsverhältnis noch nicht zustande gekommen sei. Danach waren die Beweisantritte des Beklagten für die Schriftformvereinbarung unerheblich.

3. Die Revision vermißt Darlegungen des Berufungsgerichts darüber, welches der Inhalt des mündlich oder stillschweigend geschlossenen Gesellschaftsvertrages gewesen sei. Dieser Inhalt ergibt sich jedoch aus den Feststellungen des Berufungsgerichts mit hinreichender Deutlichkeit.

a) Als Gesellschaftsform hat das Berufungsgericht eine stille Gesellschaft mit Beteiligung des Stillen auch an der Substanz des Unternehmens angenommen. Dagegen läßt sich aus Rechtsgründen nichts einwenden, da das Berufungs-

gericht das Vorhandensein eines Guthabens von 447,59 DM an der GmbH festgestellt hat.

b) Als Vertragspartner des Beklagten hat das Berufungsgericht den Kläger angesehen. Auch dabei ist ihm kein Rechtsfehler unterlaufen.

Die Beteiligten waren mit Rücksicht auf ihre Vertragsfreiheit nicht gehindert, an Stelle der KG den Kläger stillen Teilhaber werden zu lassen. Das lag auch durchaus nicht fern, da die KG sich mit Rücksicht auf ihre Kundschaft gänzlich aus dem Unternehmen zurückziehen wollte und der Kläger, ihr Kommanditist, schon Geschäftsführer der GmbH gewesen war und die Verhandlungen zur Errichtung dieser Gesellschaft geführt hatte.

Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht nicht verkannt, daß die KG der GmbH als Gesellschafterin angehört hatte. Es durfte gleichwohl feststellen, stiller Gesellschafter des Beklagten sei nicht sie, sondern der Kläger geworden. Es hat dies aus den Bilanzen entnommen, in denen als Teilhaber des Beklagten der Kläger erschien, und daraus, daß die Parteien im Jahre 1961 gegenüber dem Ingenieur Kröber und im Jahre 1962 gegenüber zwei Geldinstituten nicht die KG, sondern den Kläger als stillen Teilhaber des Beklagten bezeichnet hatten. Der Beklagte hatte zwar unter Beweisantritt behauptet, der Kläger habe ihm im Jahre 1960 einen Vertragsentwurf vorgelegt, der als stillen Teilhaber die Firma A [REDACTED] bezeichnet habe. Das schließt aber nicht aus, daß sich die Parteien später anders geeinigt haben. Das Berufungsgericht brauchte deshalb der Behauptung des Beklagten nicht nachzugehen.

c) Was die Parteien als Vermögenseinlage des Klägers angesehen haben, hat das Berufungsgericht zwar nicht ausdrücklich festgestellt. Es läßt sich aber dem Urteilszusammenhang entnehmen. Danach bestand die Einlage mindestens in dem haftenden Kapital des Klägers, wie es in den Bilanzen ausgewiesen war, und in seiner Tätigkeit im Betrieb. In letzterer Hinsicht ist unstreitig, daß der Kläger weit über den 10. Juli 1959 hinaus in der Firma W■■■■-Farben kaufmännisch gearbeitet hat. Er hat auch diese Dienste nach den rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nicht freiwillig oder als Angestellter des Beklagten, sondern auf Grund seiner mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks erbracht, der in der Herstellung und dem gewinnbringenden Vertrieb von Farben durch den Beklagten als Einzelkaufmann bestand. Unter diesen Umständen bildeten entgegen der Ansicht der Revision auch die Dienste des Klägers eine Vermögenseinlage im Sinne von § 335 Abs. 1 HGB (vgl. BGHZ 7, 174, 181 und Schlegelberger/Geßler, HGB, 4. Aufl., § 335 Anm. 14 und § 337 Anm. 12).

Hätte der Kläger, wie der Beklagte unter Beweisantritt behauptet hat, ab Ende 1961 seine Tätigkeit eingestellt, so wäre das kein Beweisanzeichen dafür, daß der Kläger bis dahin die Geschäfte ohne eine entsprechende Rechtspflicht geführt habe. Keinesfalls könnte daraus zwingend entnommen werden, der Kläger sei am Unternehmen des Beklagten nicht beteiligt gewesen oder müsse sich eine Minderung seines Gewinnanteils gefallen lassen. Die Parteien haben dem Umstand, daß der Zeitaufwand des Beklagten für das Unternehmen im Laufe der Zeit größer geworden war als der des Klägers, gerade für die Zeit ab 1. Januar 1962 durch die Vereinbarung einer Vorabvergütung für den Beklagten Rechnung

getragen. Darum war ein Beweis für die Behauptung des Beklagten, der Kläger sei ab Ende 1961 überhaupt nicht mehr für die Firma W■■■■-Farben tätig geworden, entbehrlich.

Zu Unrecht rügt die Revision insoweit noch die Übergangung eines anderen Beweisantritts. Auf S. 16 der Berufungsbegründung hatte der Beklagte in das Wissen des Rechtsanwalts Dr. B■■■■ gestellt, der Kläger habe zugegeben, daß er Leistungen, die seine Beteiligung hätten rechtfertigen können, überhaupt nicht oder ganz unzulänglich erbracht habe. Dieser Beweisantritt war unbeachtlich, denn der Beklagte hat nichts über den Zusammenhang vorgetragen, in dem die angebliche Äußerung gefallen ist, die er selbst nur als Beweisanzeichen ansieht.

Inwieweit der Kläger der Firma W■■■■-Farben als (weitere) Vermögenseinlage Fabrikationsräume, Einrichtungen, Sach- und Dienstleistungen der KG zu verschaffen gehabt hätte, ist nach den vorstehenden Darlegungen ohne Bedeutung. Soweit die Revision geltend macht, entsprechende Leistungen des Klägers seien nach der Auffassung des Beklagten Voraussetzung für das Zustandekommen eines Gesellschaftsverhältnisses gewesen, muß sie sich mindestens entgegenhalten lassen, daß die Parteien ihre Gesellschaft in Vollzug gesetzt haben.

4. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe im ersten Rechtszug vernommene Zeugen nicht noch einmal gehört, scheitert an § 398 Abs. 1 ZPO. Die Darlegungen, mit denen das Berufungsgericht die wiederholte Vernehmung abgelehnt hat, lassen keinen Ermessensfehler erkennen.

Soweit das Berufungsgericht neue Beweisantritte des Beklagten im Schriftsatz vom 13. April 1967 als verspätet zurückgewiesen hat, war das durch § 529 Abs. 3 ZPO gerechtfertigt. Die mit diesem Schriftsatz eingereichten Unterlagen aber gaben für die Entscheidung nichts her.

5. Das Berufungsgericht hat bei der Annahme, die fristlose Kündigung vom 8. Januar 1964 sei unwirksam gewesen, den Begriff des wichtigen Grundes nicht verkannt. Seine Ansicht, der Beklagte hätte nicht kündigen können, ohne vorher zum Ausdruck zu bringen, daß er noch Wert auf die Mitarbeit des Klägers lege, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

6. Da dem Berufungsgericht auch bei der Verneinung des von dem Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruchs kein Rechtsfehler unterlaufen ist, hat es mit Recht der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Dr. Kuhn Dr. Schulze Fleck Stimpel Dr. Bauer