

20

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HGB § 335; ApothG §.8

Eine stille Beteiligung an einer Apotheke verstößt jedenfalls dann nicht gegen § 8 des Bundesapothekengesetzes, wenn sie sich im Rahmen der gesetzlichen Regelung der §§ 335 ff HGB hält.

BGH, Urt. v. 15. November 1971 - II ZR 130/69 - OLG München
LG Memmingen

10

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 130/69

URTEIL

Verkündet am

15. November 1971
Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Apothekerseheleute Barbara und Werner S [REDACTED],
G [REDACTED], M [REDACTED]platz [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. den Kaufmann Ignaz F [REDACTED], Me [REDACTED],
A [REDACTED] Straße [REDACTED],
2. Frau Maria F [REDACTED], Me [REDACTED],
T [REDACTED]platz [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 1971
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der
Bundesrichter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und
Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
München mit dem Sitz in Augsburg vom
10. April 1969 wird auf Kosten der Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin zu 2) ist Alleinerbin ihres während
des Rechtsstreites verstorbenen Ehemannes Josef F.;
der Kläger zu 1) und Josef F. waren Brüder. Die
Beklagte zu 1) ist approbierte Apothekerin und betreibt
in G. die "U. A.". Der Beklagte zu 2)
ist der Ehemann der Beklagten zu 1) und im Apotheken-
betrieb seiner Ehefrau tätig.

Am 19. Juli 1955 schlossen Josef F. und der
Kläger mit den Beklagten einen Darlehensvertrag und
eine Vereinbarung über die Gründung einer stillen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gesellschaft. Die Beklagten erhielten danach ein Darlehen von 65.000,- DM zum Erwerb des Apothekenanwesens M[REDACTED]platz [REDACTED] in G[REDACTED] mit dem darauf ruhenden Apothekenrealrecht. Mit Übernahme der Apotheke durch einen der beiden Beklagten sollte sich das Darlehen in eine "stille Beteiligung mit zehnjähriger Vertragsdauer" umwandeln.

In der stillen Gesellschaft stand die Geschäftsführungsbefugnis allein den Beklagten zu; Handlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgingen, bedurften jedoch der vorherigen Zustimmung der stillen Gesellschafter (§ 3 des Gesellschaftsvertrages). Hinsichtlich der Gewinnverteilung war vereinbart, daß die stillen Gesellschafter die Hälfte des "steuerlichen Reingewinns" nach Vornahme verschiedener Korrekturen und Abzug der den Beklagten zuerkannten "Geschäftsführervergütung" von jährlich 10.000,- DM, mindestens jedoch 15 % aus 65.000,- DM erhielten; an einem Verlust sollten sie nicht teilnehmen.

Die Gesellschaft ist zum 31. Dezember 1967 gekündigt worden. Die Parteien streiten über die den Klägern seit 1. Januar 1964 zustehenden Gewinne und über die Höhe des Auseinandersetzungsguthabens; die Beklagten halten den Gesellschaftsvertrag wegen Verletzung apothekenrechtlicher Grundsätze für unwirksam.

Im vorliegenden Verfahren klagen die Kläger den bei Berücksichtigung einer Geschäftsführervergütung von 20.000 DM und eines Gehalts für den Beklagten zu 2 von 5.600 DM sich ergebenden Gewinn für das Jahr 1964 ein. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben und die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Kläger je 8.643,23 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Kläger beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Parteien streiten nur noch darüber, ob der Gesellschaftsvertrag gegen die für den Betrieb von Apotheken geltenden gesetzlichen Bestimmungen verstößt, nach § 134 BGB nichtig ist und daher keine Grundlage für die eingeklagten Gewinnansprüche bildet. Das Berufungsgericht hat die Nichtigkeit verneint. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet.

1. Die Beteiligung eines stillen Gesellschafters an einer Apotheke, die sich im Rahmen der gesetzlichen Regelung der §§ 335 ff HGB hält, widerspricht weder § 8 des Bundesgesetzes über das Apothekenwesen vom 20. August 1960 (BGBl I S. 697) noch dem früher in

Bayern geltenden Art. 6 des Landesapothekengesetzes vom 16. Juni 1952 (GVBl S. 181). Dort ist zwar die stille Gesellschaft nicht ausdrücklich zugelassen. Nach beiden Vorschriften kommt es aber lediglich darauf an, daß der Betrieb einer Apotheke in der Hand von (approbierten) Apothekern liegt. Dieser Grundsatz wird durch die stille Beteiligung eines Nichtapothekers nicht verletzt. Denn der stille Gesellschafter betreibt das Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers nicht mit (§ 335 HGB). Seine Beteiligung an einer Apotheke ist daher - gemessen am Sinn und Zweck jener Vorschriften, nach denen die Ordnungsmäßigkeit der Arzneimittelversorgung durch qualifizierte Betriebsinhaber gewährleistet werden soll - apothekenrechtlich "neutral". Dementsprechend wird die Zulässigkeit von stillen Gesellschaften an Apotheken allgemein sowohl für den früheren als auch für den jetzigen Rechtszustand bejaht (vgl. zum früheren Recht BGHZ 8, 157, 162 m. w. N.; Schiedermaier, Pharmazeutische Zeitung 1965, 1339, 1341 m. w. N.; zum Bundesapothekengesetz Hoffmann, Gesetz über das Apothekenwesen, 1961, § 8 Anm. 15, 16; Schiedermaier/Blanke, Apothekengesetz, 1960, § 8 Allgemeines und Anm. 5).

2. Der Gesellschaftsvertrag der Parteien weicht allerdings von den Vorschriften der §§ 335 ff HGB ab, soweit die Beklagten zur Vornahme von Handlungen, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb einer Apotheke hinausgingen, die Zustimmung der stillen Gesellschafter

einzuholen hatten. Das Berufungsgericht hat jedoch zu Recht auch darin keinen Grund gefunden, für das hier maßgebliche Jahr 1964 das Gesellschaftsverhältnis als nichtig anzusehen, weil diese Art von Mitwirkung an der Geschäftsführung zumindest nach bayerischem Landesrecht nicht hätte beanstandet werden können und dieses Recht zu dieser Zeit noch weiter gegolten habe. Nach § 29 des am 1. Oktober 1960 in Kraft getretenen Bundesapothekengesetzes blieben Apothekengesellschaften bis zum 1. Oktober 1965 zulässig, auch wenn sie den Anforderungen des § 8 dieses Gesetzes nicht entsprochen haben sollten, sofern vor Inkrafttreten des Gesetzes nichts gegen sie einzuwenden war. So lag es hier. Nach Art. 6 Abs. 2 und 3 des Bayerischen Apothekengesetzes vom 16. Juni 1952 konnte eine Apotheke von mehreren Personen unter anderem in der Form einer Kommanditgesellschaft betrieben werden, ohne daß die Kommanditisten, sofern sie nicht Geschäftsführungsbefugnis hatten, Apotheker hätten sein müssen. Hieraus folgt, daß nach damaligem Landesrecht die Unzulässigkeit einer - wie dargetan an sich zulässigen - stillen Gesellschaft allenfalls in Betracht kam, wenn der Gesellschaftsvertrag Bestimmungen enthielt, die einem Nichtapotheker als stillem Gesellschafter weitergehende Geschäftsführungsbefugnisse einräumte, als sie ein Kommanditist kraft Gesetzes gehabt hätte. Geschäftsführungsmaßnahmen, die über den gewöhnlichen Betrieb eines Handelsgewerbes hinausgehen, müssen aber nach § 164 HGB in einer Kommanditgesellschaft auch die

Kommanditisten zustimmen. Deshalb bestimmt der Gesellschaftsvertrag der Parteien hinsichtlich der Beteiligung der Kläger an der Geschäftsführung nichts, was nach den Grundsätzen zu mißbilligen wäre, die dem Art. 6 des Bayerischen Apothekengesetzes zugrunde liegen. Es konnte daher offen bleiben, wie die Rechtslage insofern nach dem jetzt allein noch geltenden Bundesrecht zu beurteilen wäre.

3. Soweit der Gesellschaftsvertrag vorsieht, daß bei der Ermittlung des Auseinandersetzungsguthabens die während des Bestehens der Gesellschaft entstandenen stillen Reserven zu berücksichtigen sind (§ 7 des Gesellschaftsvertrages), wurden den Klägern keine Ansprüche eingeräumt, die über das hinausgehen, was dem stillen Gesellschafter kraft Gesetzes zukommt (§ 340 HGB); denn diese stellen einen Teil des in der Vergangenheit erwirtschafteten Gewinnes der Gesellschaft dar, der den Gesellschaftern bisher nicht gutgebracht wurde (vgl. BGH LM HGB § 340 Nr. 3; Schilling in Großkomm. HGB 3. Aufl. § 340 Anm. 5). § 9 des Gesellschaftsvertrages bestimmt zwar, daß die stillen Gesellschafter bei einer "etwaigen Änderung der Währung oder des Geldwertes im Zeitpunkt der Beendigung des Vertragsverhältnisses an den Anlagewerten des Unternehmens, die mit Hilfe ihrer Gesellschaftereinlage erworben und geschaffen worden sind, beteiligt sein sollen und dem Wert der vorhandenen Sachwerte entsprechend abzufinden sind". Ob daraus jedoch folgt, daß die stille Gesellschaft der Parteien eine von der

gesetzlichen Regelung der §§ 335 ff HGB abweichende Gestaltungsform erhalten hat, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Gesellschaftsvertrag räumt hier den Klägern keinerlei Rechte hinsichtlich der Leitung der Apotheke, sondern nur Ansprüche für den Fall der Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses ein. Er enthält demgemäß auch insoweit nichts, was die Beklagte zu 1 als Inhaberin der Apotheke in irgendeiner Weise in der Freiheit der Betriebsführung im Sinne des § 7 BApothG oder Art. 5 BayrApothG beschränken könnte. Der Gesellschaftsvertrag der Parteien ist deshalb auch insofern nicht zu beanstanden.

4. Schließlich meint die Revision - gestützt auf die Ausführungen von Schiedermaier in der Pharmazeutischen Zeitung 1965 S. 1339, 1343 -, der Gesellschaftsvertrag sei nichtig, weil die den Klägern eingeräumte Gewinnbeteiligung überhöht sei und deshalb die Freiheit der Beklagten beim Betrieb der Apotheke in apothekenrechtlich unvertretbarem Maße beschränkt habe. Auch diese Rüge ist nicht begründet.

Es mag sein, daß der Vertragsfreiheit beim Abschluß einer stillen Gesellschaft an einer Apotheke engere Grenzen gesetzt sind als bei der Beteiligung an einem sonstigen Handelsgewerbe, und Gewinnverteilungsabreden - sei es nach apothekenrechtlichen Grundsätzen in Verbindung mit § 134 BGB, sei es nach § 138 BGB - schon dann nichtig sind, wenn sie den Apotheker so benachteiligen, daß von ihm nicht mehr erwartet werden kann,

er werde seine gesetzliche öffentliche Aufgabe, eigenverantwortlich an der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung mitzuwirken (§ 1 BApothG), noch sachgerecht erfüllen können. Der Revision mag auch zuzustimmen sein, daß entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Rechtslage insoweit nach dem früheren Bayerischen und dem Bundesapothekengesetz nicht unterschiedlich zu beurteilen ist. Der Sachvortrag der Beklagten enthält jedenfalls keine ausreichenden Tatsachen, die eine Nichtigkeit der Gesellschaft der Parteien aus diesem Gesichtspunkt begründen könnten.

a) Die im Jahre 1955 getroffene Gewinnverteilungsabrede als solche gibt hierfür nichts her. Sie mag für die Kläger - besonders wegen des fehlenden Verlustrisikos und der Mindestgarantie - sehr günstig gewesen sein; sie erscheint aber auch unter apothekenrechtlichen Gesichtspunkten vertretbar, wenn man berücksichtigt, daß die Beklagten danach eine jährliche Vorausvergütung in der für die Verhältnisse des Jahres 1955 beachtlichen Höhe von 10.000 DM erhalten sollten und daneben in gleichem Umfange wie die Kläger am Betriebsgewinn beteiligt wurden.

b) Die Beklagten selbst haben auch allein auf die spätere Entwicklung abgehoben. Sie tragen vor, in dem hier entscheidenden Geschäftsjahr 1964 hätten sich die Verhältnisse so gestaltet, daß die wirtschaftliche Grundlage des Apothekenbetriebes und die Unabhängigkeit

der Beklagten zu 1 als Apothekenleiterin mit Rücksicht auf die - wie sie meinen - übermäßige Gewinnbeteiligung der Kläger ernsthaft gefährdet gewesen sei. Das Tarifgehalt eines approbierten Apothekers habe 1964 1.180,-- DM, das eines Apothekenmitarbeiters mit Vorexamen 650,-- DM betragen, und das üblicherweise gezahlte Gehalt habe bei 1.500,-- DM bzw. 1.000,-- DM monatlich gelegen. Der Gewinnvoraus eines Apothekenleiters könne aber nur dann als angemessen bezeichnet werden, wenn er das übliche Gehalt des angestellten Apothekers um 25 % übersteige. Mit den sich hieraus ergebenden Beträgen stehe die vereinbarte Vorausvergütung in Höhe von 10.000 DM jährlich in einem krassen Mißverhältnis.

Es kann unerörtert bleiben, ob die Beklagten bei einer Gewinnverteilung auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages von 1955 ihre öffentlich-rechtlichen Pflichten im Jahre 1964 nicht mehr ordnungsgemäß hätten erfüllen können. Für das Geschäftsjahr 1964 haben die Kläger den Beklagten vor Anwendung des Gewinnverteilungsschlüssels (50 : 50) eine Vorausvergütung in Höhe von 20.000 DM zugebilligt und damit den Gewinnvoraus den veränderten Verhältnissen angepaßt; den Beklagten ist demgemäß von dem im Geschäftsjahr 1964 erzielten Gesamtgewinn von 47.287,93 DM ein Betrag von 30.001,47 DM verblieben. Die Kläger haben sich ferner ausdrücklich bereit erklärt, die Vorausvergütung Jahr für Jahr neu festzusetzen und den veränderten Verhältnissen anzupassen. Aus dem Schreiben

der Beklagten an die Kläger vom 29. Mai 1967 ergibt sich, daß die Kläger auch die Vorausvergütung für 1963 "von sich aus" auf 22.000 DM erhöht haben (bei einem Gesamtgewinn von 36.834,-- DM).

Bei dieser Sachlage kann entgegen der Auffassung der Revision nicht angenommen werden, daß die stille Gesellschaft der Parteien die Beklagten in der Führung der Apotheke und der Erfüllung ihrer für die Volksgesundheit wichtigen Aufgabe (vgl. BVerfGE 17, 232, 239 f) in nicht hinnehmbarer Weise behindert hat. Aus den apothekenrechtlichen Bestimmungen ist insbesondere kein allgemeiner Grundsatz abzuleiten, bei einer stillen Gesellschaft müsse dem geschäftsführenden Apotheker stets ein Gewinnvoraus zugebilligt werden, der mit einem angemessenen Hundertsatz über dem Tarifgehalt oder dem üblicherweise gezahlten Gehalt eines angestellten Apothekers liege. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine apothekenrechtlich unzulässige Gewinnverteilungsabrede vorliegt, sind vielmehr die gesamten Verhältnisse und damit auch der Umstand zu berücksichtigen, ob und in welchem Umfange der Apotheker an dem verbleibenden Gewinn beteiligt ist. Im vorliegenden Falle ist außer der Tatsache, daß die Parteien den nach Abzug der Vorausvergütung sich ergebenden Reingewinn im gleichen Verhältnis aufgeteilt haben, zusätzlich in Betracht zu ziehen, daß die Kläger mit ihrer Kapitaleinlage den Beklagten erst den Kauf des Apothekengrundstücks und damit die Übernahme der Apotheke ermöglicht haben. Die für die

Li

Kläger sehr günstige Gewinnbeteiligung ist unter diesen Umständen nicht als apothekenrechtlich bedenklich anzusehen.

Stempel Dr. Schulze Fleck Dr. Bauer Dr. Kellermann