

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 139/65

URTEIL

Verkündet am
2. Februar 1967
Heil,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Eugen O [REDACTED], M [REDACTED], Am Schü [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Friedhelm M a [REDACTED], Ob [REDACTED], Go [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Liesecke, Dr. Schulze und Fleck für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. Mai 1965 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Kaufleute. Durch notariellen Vortrag vom 7. Januar 1960 beteiligte sich der Kläger an dem neueröffneten Handelsgeschäft des Beklagten, einer Verkaufsstelle und Reparaturwerkstatt für Kraftfahrzeuge, als stiller Gesellschafter mit einer Einlage von 15.000 DM. Während der Kläger die auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft jederzeit mit halbjähriger Frist zum Jahresende kündigen durfte, sollte eine ordentliche Kündigung durch den Beklagten "nur im vorherigen Einverständnis" mit dem Kläger zulässig sein (§ 2 Abs. 2). Für ungewöhnliche Geschäfte, insbesondere zu Finanzierungen von Geschäftsabschlüssen und Kaufverträgen mit Altwagenübernahme, hatte der Beklagte als Geschäftsführer die Zustimmung des Klägers einzuholen (§ 3 Abs. 1). Für die Geschäftsführung erhielt der Beklagte vorab jährlich 10.000 DM. Am restlichen Reingewinn und am Verlust waren die Parteien je zur Hälfte beteiligt, wobei die Verlustbeteiligung des Klägers durch die Höhe seiner Einlage begrenzt war (§ 4). Der Beklagte durfte Ersatz- und Zubehörteile "nur im beiderseitigen Einvernehmen der Gesellschafter"

einkaufen (§ 5 Abs. 3); bei dieser Abrede spielte eine Rolle, daß der Vater des Klägers eine Großhandlung für Autozubehör und -ersatzteile betreibt.

Der Beklagte hat die Gesellschaft mit Zustimmung des Klägers zum 31. Dezember 1962 gekündigt. Mit der Klage hat der Kläger vom Beklagten seine Einlage von 15.000 DM, seinen Gewinnanteil für 1961 in Höhe von 22.562 DM und die kapitalisierten Zinsen auf diesen Gewinnanteil in der vereinbarten Höhe von 5 % für die Zeit vom 1. März 1962 bis zum 31. März 1963 mit 1.222,10 DM, abzüglich am 13. März 1963 gezahlter 10.000 DM, insgesamt also 28.784,10 DM mit 5 % Zinsen von 27.562 DM seit dem 5. April 1963 gefordert. In der Berufungsinstanz hat er den Beklagten auf Zahlung weiterer 32.038 DM mit 5 % Zinsen von 22.500 DM seit dem 1. März 1963 und von 7.750 DM seit dem 1. November 1964 in Anspruch genommen. Diese Forderung setzt sich zusammen aus dem auf mindestens 22.500 DM geschätzten Gewinnanteil des Klägers für 1962 und einer Restforderung von 7.750 DM zuzüglich 1.788 DM Zinsen aus einem Darlehen von 25.000 DM, das der Kläger oder sein Vater dem Beklagten gegeben hat; hierzu hat der Kläger vorsorglich eine Abtretungserklärung seines Vaters vom 22. Februar 1965 vorgelegt.

Der Beklagte hat mit seinem Antrag auf Klageabweisung eingewandt, der Gesellschaftsvertrag sei wegen seines Inhalts und der Art seines Zustandekommens sittenwidrig und deshalb nichtig. Er habe keine Gesellschaft eingehen wollen, sondern damit gerechnet, daß ihm der Vater des Klägers ein Darlehen geben werde. Den Gesellschaftsvertrag habe er nur unterschrieben, weil er ohne das Geld seinen Betrieb hätte schließen müssen. Nachträgliche Änderungen des Vertrags seien ihm zugesagt, aber nicht gewährt worden.



Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 28.784,10 DM mit 5 % Zinsen von 27.562 DM seit dem 5. April 1963 stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung den Beklagten verurteilt, an den Kläger weitere 26.750 DM mit 5 % Zinsen von 22.500 DM seit dem 1. März 1963 zu zahlen. Im übrigen hat es die Anschlußberufung (mit Rücksicht auf einen vom Beklagten hinterlegten Betrag von 3.500 DM) zurückgewiesen und die Entscheidung über den weitergehenden Zinsanspruch des Klägers dem Schlußurteil vorbehalten. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hält den Gesellschaftsvertrag der Parteien, aus dem der Kläger seinen Anspruch auf Auszahlung seines Auseinandersetzungsguthabens gemäß § 340 HGB herleitet, für wirksam. Es meint, die einzelnen Vertragsbestimmungen hätten den Beklagten nicht in einem solchen Maß in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beschränkt und vom Kläger abhängig gemacht, daß der Vertrag wegen sittenwidriger Knebelung des Beklagten nach § 138 BGB nichtig wäre. Lediglich § 2 Abs. 2 des Vertrages, der ein Kündigungsrecht des Beklagten praktisch ausschließe, verstoße gegen zwingende Gesetzesvorschriften (§§ 339, 132 HGB, 723 Abs. 3 BGB; BGHZ 23, 14). Das habe aber nur zur Folge gehabt, daß eine vereinbarungswidrige ordentliche Kündigung des Beklagten wirksam gewesen sei; es sei anzunehmen, daß die Parteien den Vertrag auch ohne die Kündigungsklausel abgeschlossen haben würden.

Der Revision ist zuzugeben, daß damit das tatsächliche Vorbringen des Beklagten insofern nicht erschöpft ist, als der Beklagte den Gesellschaftsvertrag zu den vom Kläger geforderten Bedingungen nur unter Druck abgeschlossen haben will. Hierzu hat er vorgetragen und unter Beweis gestellt, er habe seinen Betrieb in der Hoffnung auf ein Darlehen des Klägers ohne nennenswerte Barmittel eröffnet und dabei erhebliche, schon im Januar 1960 fällig gewesene Verpflichtungen auf sich genommen. Ohne das Geld des Klägers wäre er alsbald wirtschaftlich zusammengebrochen. In dieser Notlage habe ihm der Kläger einen fertigen Vertragsentwurf vorgelegt und auf seinen Einwand, das sei ja etwas ganz anderes als ein Darlehensvertrag, erklärt, er bekomme das so dringend benötigte Geld erst, wenn er unterschrieben habe.

Ob dieses vom Berufungsgericht nicht gewürdigte Vorbringen im Zusammenhang mit dem Vertragsinhalt ausreicht, um den Gesellschaftsvertrag nach dem Gesamtbild zu einem sittenwidrigen Rechtsgeschäft zu stempeln, kann auf sich beruhen. Im Ergebnis hat das Berufungsgericht jedenfalls mit Recht den Nichtigkeitseinwand des Beklagten nicht durchgreifen lassen. Denn der Beklagte hat durch seine Äußerungen und sein Verhalten nach Vertragsabschluß ständig zu erkennen gegeben, daß er an dem Vertrag festhalten wolle.

1. So hat der Beklagte über zwei Jahre lang das Gesellschaftsverhältnis mit dem Kläger auf der Grundlage des Vertrags vom 7. Januar 1960 durchgeführt. Er hat mit Hilfe der Einlage des Klägers seinen Betrieb aufgebaut und daraus auch selbst einen beträchtlichen Nutzen gezogen. Überdies hat er vom Kläger oder dessen Vater noch ein Darlehen von 25.000 DM zu günstigen Bedingungen ange-

nommen. Unter dem 17. November 1961 hat er dem Kläger schriftlich eine Abmachung bestätigt, die u. a. den Wegfall einer ihn beschwerenden Vertragsbestimmung (Recht des Klägers auf Übernahme der Geschäftsführung) sowie die Auszahlung der Gewinnanteile für 1960 und 1961 auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags betraf. Auch in seiner Kündigungserklärung vom 23. Juni 1962 hat er nicht die Sittenwidrigkeit des Vertrags geltend gemacht, sondern lediglich ausgeführt, er könne den Vertrag zu den bisherigen hemmenden Bedingungen nicht mehr fortsetzen. Erst in dem Schreiben seines Rechtsanwalts vom 3. Januar 1963 an die Rechtsanwälte des Klägers behält sich der Beklagte vor, gegenüber der vom Kläger angedrohten Klage (auf Fortführung der Gesellschaft) auch die Nichtigkeit des Vertrags geltend zu machen. Gleich anschließend heißt es aber: "Für den Fall der einverständlichen Beendigung zum 31.12.62 bleibt Ihrer Partei diese weitere Konsequenz erspart." Damit hat der Beklagte klar seinen Willen bekundet, sich nicht auf die Nichtigkeit des Vertrags zu berufen, ihn also auf der Grundlage der vereinbarten Bedingungen abzuwickeln, wenn der Kläger seine Einwendungen gegen die Auflösung der Gesellschaft zum 31. Dezember 1962 fallen lasse. Diesen Willen hat der Beklagte später noch einmal in seinem Brief vom 7. März 1963 bekräftigt, worin er dem Kläger die Übersendung der Bilanz für 1962 angekündigt, einen beigefügten Verrechnungsscheck über 10.000 DM "vorbehaltlich späterer Verrechnung auf die Einlage und etwaige Gewinnanteile" angeboten und weitere Zahlungen in Aussicht gestellt hat.

Nach diesen Erklärungen des Beklagten und einem über zweijährigen tatsächlichen Bestehen der stillen Gesellschaft brauchte der Kläger nicht mehr damit zu rechnen, der Beklagte werde gegen seine Auseinandersetzungsforderung

einwenden, der Gesellschaftsvertrag habe gegen die guten Sitten verstoßen. Dabei ist nach dem unstreitigen Sachverhalt davon auszugehen, daß die wirtschaftliche Zwangslage, in der sich der Beklagte bei Vertragsabschluß befunden haben will, spätestens im Zeitpunkt des Kündigungsschreibens vom 23. Juni 1962 nicht mehr bestanden haben kann; sonst hätte sich der Beklagte nicht tatsächlich von dem Vertrag zu lösen vermocht. Wenn er gleichwohl auch jetzt noch keine weiteren Folgerungen als die der ordentlichen Kündigung aus der angenommenen Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages gezogen und hierbei ausdrücklich seine Bereitschaft erklärt hat, die Beziehungen zum Kläger wie ein rechtlich fehlerfreies Gesellschaftsverhältnis zu beenden, so darf er nicht mehr nachträglich einen gegenteiligen Standpunkt einnehmen. Denn damit setzt er sich in einer Weise, die mit Treu und Glauben unvereinbar ist, in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten.

2. Demgegenüber kann die Revision nichts aus dem Vortrag des Beklagten herleiten, er habe nach Vertragsabschluß immer wieder vergeblich versucht, vom Kläger eine Änderung der Vertragsbedingungen zu erreichen. Die Hoffnung, es werde doch noch zu einer solchen Änderung kommen, kann den Beklagten jedenfalls im Zeitpunkt seiner Kündigungserklärung nicht mehr davon abgehalten haben, gegenüber dem Kläger die Sittenwidrigkeit der bisherigen Vertragsbestimmungen geltend zu machen.

3. Ob das Berufungsgericht nach Lage der Sache aus der Unzulässigkeit der vereinbarten Kündigungsbeschränkung die Nichtigkeit des gesamten Vertrages gemäß § 139 BGB hätte herleiten müssen, wie die Revision meint, kann ebenfalls offenbleiben. Auch insoweit muß sich der Beklagte entgegenhalten lassen, daß er sich bereit erklärt hat, die von ihm gekündigte Gesellschaft vertragsgemäß abzuwickeln.

4. Einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschuldens bei den Vertragsverhandlungen hat der Beklagte in den Tatsacheninstanzen nicht erhoben. In der Revisionsinstanz kann er diesen Anspruch auch nicht auf dem Umweg über eine materielle Rüge nach § 242 BGB neu in den Rechtsstreit einführen (§ 561 Abs. 1 ZPO).

II. Geht man hiernach davon aus, daß das Gesellschaftsverhältnis der Parteien auf Grund des Vertrages vom 7. Januar 1960 abzuwickeln ist, so durfte der Kläger in die Auseinandersetzungsrechnung nicht nur seine Einlage von 15.000 DM, sondern auch seinen Gewinnanteil für 1961 und 1962 in der vereinbarten Höhe einsetzen. Von diesen Posten war lediglich der Gewinnanteil für 1962 der Höhe nach offen. Das Berufungsgericht hat insoweit dem Kläger den von ihm selbst genannten Betrag von 22.500 DM zugesprochen und dies damit begründet, der Beklagte habe die Angabe des Klägers nicht substantiiert bestritten. Das rügt die Revision erfolglos.

Zwar hatte der Beklagte im ersten Rechtszug mit Schriftsatz vom 14. Oktober 1963 vorgetragen, der Gewinnanteil des Klägers betrage für 1962 "bei 21.165,13 DM". Diese Angabe war aber keine Gegenäußerung zu der entsprechenden Klageforderung, die damals noch gar nicht erhoben war, sondern sollte lediglich das Vorbringen des Beklagten erläutern, der Kläger habe sich für seine Einlage übermäßige Vorteile ausbedungen. Den Gewinnanspruch für 1962 hat der Kläger erst mit seiner Anschlußberufung geltend gemacht und auf mindestens 22.500 DM beziffert. Dazu hat sich der Beklagte nicht geäußert, während er im übrigen zur Anschlußberufung im einzelnen Stellung genommen hat. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht den vom Kläger angegebenen Betrag gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden angesehen.

III. Welche Zahlungen der Beklagte an den Kläger geleistet hatte, war zwischen den Parteien rechnerisch unstreitig (vgl. die beiden Aufstellungen, die der Buchhalter P. im Beweistermin vom 24. Februar 1964 überreicht hat). Unverständlich ist daher die Rüge einer Verletzung des § 139 ZPO, mit der die Revision die überdies unzutreffende Behauptung verknüpft, der Beklagte habe eine Zahlungsaufstellung beigebracht und deren Richtigkeit durch Parteivernehmung unter Beweis gestellt.

Dagegen besteht zwischen den Parteien Streit darüber, wie die einzelnen Zahlungen des Beklagten auf seine Verbindlichkeiten zu verrechnen seien. Soweit es sich um die Hauptforderung des Klägers handelt, kommt es hierauf im Ergebnis nicht an, weil sich durch eine bloße Verschiebung innerhalb der Einzelposten die Gesamthöhe der noch offenen Schuldsumme nicht ändert. Die Art und Weise der Verrechnung könnte aber für die Zeitdauer und die Höhe der Verzinsung vor allem deshalb von Bedeutung sein, weil der Kläger für das Darlehen bis zum 31. Oktober 1964 nur 4,5 % Zinsen, für sein Auseinandersetzungsguthaben dagegen von Anfang an 5 % Zinsen gefordert hat.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, der Kläger habe die bis zum 16. April 1963 geleisteten Zahlungen des Beklagten zunächst auf seinen Gewinnanteil für 1960 sowie auf das von seinem Vater gewährte Darlehen verrechnen dürfen, weil der Beklagte die zu tilgende Schuld nicht bestimmt habe. Hiergegen macht die Revision geltend, auf das Darlehen, das dem Vater zugestanden habe, habe der Kläger keine Zahlungen verrechnen können. Sie übersieht aber, daß die Parteien hier zusammen mit dem Vater des Klägers eine vom Beklagten mit Schreiben vom 17. November 1961 bestätigte Vereinbarung getroffen habe, wonach der Beklag-

te vom 1. Januar 1962 an das Darlehen mit monatlich 750 DM abtragen und außerdem auf den Gewinn von 1960 monatlich 250 DM zahlen sollte. Diese Vereinbarung berechnete den Zeugen P., der sowohl für den Kläger als auch für dessen Vater die Buchhaltung führte, dazu, die eingehenden Zahlungen des Beklagten in der verabredeten Weise teils auf den Gewinnanteil des Klägers für 1960 und teils auf das Darlehen zu verrechnen, soweit der Beklagte nicht ausdrücklich gemäß § 366 Abs. 1 BGB etwas anderes bestimmt hatte.

2. Am 13. März 1963 hatte der Beklagte eine Abschlagszahlung von 10.000 DM geleistet und dazu in einem Brief vom 7. März 1963 bemerkt, der Kläger solle sie "vorbehaltlich späterer Verrechnung auf die Einlage und etwaige Gewinnanteile" entgegennehmen. Ob der Kläger diese Zahlung mit seinem Gewinnanteil für 1962 verrechnen durfte oder, wie die Revision meint, als auf seine Einlage geleistet hätte betrachten müssen, ist im Ergebnis gleichgültig. Denn beide Posten sind im Rahmen der Auseinandersetzungsforderung des Klägers am 1. März 1963 fällig geworden und entsprechend zu verzinsen (vgl. § 4 Abs. 3, § 6 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags).

IV. Die Revision ist daher zurückzuweisen. Die Kosten-
entscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck