

78

Für das Nachschlagewerk !
Für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: HGB § 339; BGB § 723

Rechtssatz:

In einer stillen Gesellschaft, die auf unbestimmte Zeit oder auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist, kann das ordentliche Kündigungsrecht nicht durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung ausgeschlossen werden.

Aktenzeichen: II ZR 166/55

Urteil des BGH vom 20. Dezember 1956 — LG Nürnberg-Fürth
OLG Nürnberg

78

Verkündet

am 20. Dezember 1956

Justizangestellter,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Willi F. [REDACTED], G. [REDACTED]
Nr. 80,

Kläger und Revisionskläger,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt P. [REDACTED]-

gegen

- 1.) Christof F. [REDACTED] OHG, G. [REDACTED] b/S. [REDACTED],
- 2.) Christof F. [REDACTED], Geschäftsführer der
Firma Christof F. [REDACTED] OHG, G. [REDACTED],
- 3.) die Erben des verstorbenen Michael F. [REDACTED]
 - a) seine Ehefrau Margarete F. [REDACTED] geb. G. [REDACTED]
Fr. [REDACTED] 80,
 - b) seine Kinder:
Otto F. [REDACTED], Fr. [REDACTED] 80,
Lore F. [REDACTED], ebenda,
Margit B. [REDACTED] geb. F. [REDACTED], La. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. K. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1956 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Delbrück, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Haager

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg
vom 22. März 1955 wird auf Kosten des Klägers zu-
rückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder. Die Beklagten zu 2) und 3) führen in Form einer offenen Handelsgesellschaft (das ist die Beklagte zu 1) ein von ihrem Vater herrührendes Geschäft, das den Handel mit Hopfen und Hopfenstangen zum Gegenstand hat und in dem auch der Kläger mitgearbeitet hat. Nach dem Tode des Vaters im Jahre 1934 kam es im Zusammenhang mit der Auslegung eines Testaments zu Erbstreitigkeiten zwischen den Parteien, die in längeren Verhandlungen zunächst beigelegt werden konnten, aber dann bald wieder neu ausbrachen. Im Zusammenhang mit diesem erneuten Streit reichte der Kläger Anfang des Jahres 1939 ein Armenrechtsgesuch für eine Klage gegen den Beklagten zu 3) ein, mit der er die Feststellung erstrebte, daß er als Rechtsnachfolger seines Vaters Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft geworden sei. Zur Begründung dieses vorgeesehenen Klagantrages berief er sich auf Gesellschaftsverträge zwischen den Beklagten zu 2) und 3) und seinem Vater aus der Zeit unmittelbar nach dem ersten Weltkrieg, sowie auf das Testament seines Vaters. Die Klage sollte sich nicht gegen den Beklagten zu 2) richten, da sich dieser damals nachgiebig zeigte und eine gütliche Bereinigung der Differenzen aus Anlaß des Todes des Vaters anstrebte. In dem Armenrechtsverfahren schlossen die Parteien am 13. Februar 1939 einen Vergleich, wonach der Kläger mit Wirkung vom 1. Januar 1939 der offenen Handelsgesellschaft als stiller Gesellschafter beitrat, und zwar mit einer Einlage von 3.000 RM und einer Gewinn- und Verlustbeteiligung von 20 %. Weitere Bestimmungen des Vergleichs befassen sich mit der Art der Gewinnausschüttung und der Möglichkeit, die Einlage des Klägers durch Stehenlassen seines Gewinnanteils auf 10.000 RM zu erhöhen. Ferner verpflichtete sich der Kläger, nach Weisung seiner Brüder die ihm übertragenen



Arbeiten in dem Geschäft sorgfältig zu verrichten, wofür ihm unabhängig von seiner Gewinnbeteiligung eine feste monatliche Vergütung von 100 RM zu bezahlen war. Beim Tode des Klägers sollte die Gesellschaft aufgelöst werden, während bei einer Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine andere Rechtsform die Rechtsbeziehungen zwischen den Vertragsschließenden nicht berührt werden sollten. "Im übrigen", so heißt es in dem Vergleich, "gelten die Bestimmungen über die stille Gesellschaft gemäß §§ 335 ff HGB".

Im Laufe der Zeit kam es zwischen den Brüdern zu immer stärkeren Meinungsverschiedenheiten, die schließlich im Jahre 1950 zum offenen Bruch führten. Da die Beklagten seit dem 1. Januar 1949 die dem Kläger zugesagte monatliche Vergütung von 100 DM nur noch in Anrechnung auf seinen Gewinnanteil zahlten, hat der Kläger im Wege der Klage die Zahlung der rückständigen Beträge in Höhe von 3.000 DM sowie die fortlaufende monatliche Zahlung ab 1. Juli 1951 begehrt.

Die Beklagten haben demgegenüber im Wege der Widerklage die Feststellung verlangt, daß das stille Gesellschaftsverhältnis der Parteien mit Ablauf des 31. Dezember 1951 aufgehoben sei. Zur Begründung ihrer Widerklage haben sie sich darauf berufen, daß sie mit Schreiben vom 1. März 1951 und 24. April 1951 das Gesellschaftsverhältnis gekündigt hätten.

Der Kläger ist diesem Feststellungsbegehren entgegengetreten. Er ist der Meinung, daß eine Kündigungsbefugnis der Beklagten in dem Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sei und daß die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung des Vertrages nicht gegeben seien.

Die Vorinstanzen haben dem Zahlungsbegehren des

Klägers für die Zeit bis zum 31. Dezember 1951 stattgegeben, ihm aber für die Zeit ab 1. Januar 1952 nicht mehr entsprochen und auf die Widerklage der Beklagten die von diesem begehrte Feststellung getroffen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klage im Umfang der Abweisung weiter; ferner begehrt er mit der Revision auch die Abweisung der Widerklage. Die Beklagten bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht unterstellt zugunsten des Klägers, daß das Gesellschaftsverhältnis zwischen diesem und der Beklagten zu 1) auf Lebenszeit des Klägers abgeschlossen worden war. Es ist jedoch der Meinung, daß hierbei das ordentliche Kündigungsrecht der Beklagten zu 1) gemäß §§ 339, 132 HGB nicht ausgeschlossen worden sei. Daraus zieht das Berufungsgericht sodann die Folgerung, daß die mit Schreiben vom 1. März 1951 und vom 24. April 1951 ausgesprochene Kündigung als ordentliche befristete Kündigung zum 31. Dezember 1951 wirksam geworden sei.

I. Für die Beurteilung des Klage- und des Widerklagebehrens ist es entscheidend, ob in einer stillen Gesellschaft, die auf Lebenszeit des stillen Gesellschafters eingegangen ist, das ordentliche Kündigungsrecht für die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses ausgeschlossen werden kann. Denn wenn ein solcher Ausschluß mit Rücksicht auf § 723 Abs 3 BGB nicht zulässig ist, dann kann es von vornherein nicht zweifelhaft sein, daß die von der Beklagten zu 1) ausgesprochene Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses zum 31. Dezember 1951 wirksam geworden ist.

Der erkennende Senat hat bisher lediglich zu der Frage Stellung genommen, ob bei einer auf unbestimmte Zeit

eingegangenen offenen Handelsgesellschaft das ordentliche Kündigungsrecht ausgeschlossen werden kann (LindMöhr Nr 2 zu § 132 HGB). Er hat diese Frage verneint, und zwar im wesentlichen mit der Erwägung, daß der Rechtsgedanke des § 723 Abs 3 BGB im verstärkten Maß für die offene Handelsgesellschaft gilt, da bei ihr die persönliche Bindung der Gesellschafter regelmäßig eine noch viel größere als bei der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft ist. Dagegen hat der erkennende Senat in dieser Entscheidung die Frage eines Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts bei der stillen Gesellschaft ausdrücklich offen gelassen, indem er im Hinblick auf die Entscheidung RGZ 156, 129 darauf hingewiesen hat, daß die für eine Bejahung des Kündigungsausschlusses angeführten Gründe des Reichsgerichts jedenfalls nicht für eine offene Handelsgesellschaft gelten.

Die Gründe, mit denen das Reichsgericht in seiner Entscheidung RGZ 156, 129 die Zulässigkeit eines Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts bei einer stillen Gesellschaft bejaht hat, stützen sich allein auf eine rein formal gehaltene Auslegung des § 339 HGB. Die Tatsache, daß § 339 HGB auf die Vorschrift des § 723 BGB nur insoweit verweist, als diese Vorschrift Bestimmungen über die Kündigung aus wichtigem Grund enthält, ist für das Reichsgericht ein ausreichender Anlaß, um daraus den Umkehrschluß zu ziehen, daß das gleiche für die Bestimmungen des § 723 BGB über das ordentliche Kündigungsrecht nicht gilt und daß damit auch die zwingende Bestimmung des § 723 Abs 3 BGB hinsichtlich des ordentlichen Kündigungsrechts bei der stillen Gesellschaft nicht zur Anwendung gebracht werden kann. Diese recht formallogische Begründung des Reichsgerichts befriedigt nicht. Sie läßt namentlich die Tatsache außer acht, daß der klare Sinn des § 339 HGB darin besteht, daß bei der stillen Gesellschaft die ordentliche Kündigung nach den für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vor-

78

schriften und die außerordentliche Kündigung (Kündigung aus wichtigem Grund) hingegen nach den für die bürgerlichrechtliche Gesellschaft geltenden Vorschriften geregelt werden soll. Dabei ist der tragende Gesichtspunkt für diese Regelung ganz offensichtlich. Bei der ordentlichen Kündigung soll, da die stille Gesellschaft mit dem Handelsgewerbe eines Kaufmanns in Beziehung steht, den kaufmännischen Erfordernissen, insbesondere der insoweit bestehenden Bedeutung des Geschäftsjahres Rechnung getragen werden, während bei der stillen Gesellschaft für die außerordentliche Kündigung kein ausreichendes Bedürfnis dazu besteht, die bei der offenen Handelsgesellschaft notwendige erschwerende Form für die Durchsetzung des außerordentlichen Kündigungsrechts (§ 133 HGB; vgl. dazu BGHZ 5, 289/90) Platz greifen zu lassen, so daß § 339 HGB aus diesem Grund insoweit auf die Regelung des § 723 BGB zurückgreift. Bei dieser Sachlage wäre es vom Standpunkt des Reichsgerichts aus allein folgerichtig gewesen, die Frage nach der Zulässigkeit eines Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts bei der stillen Gesellschaft allein danach zu beantworten, wie diese Frage für die offene Handelsgesellschaft zu entscheiden ist.

Es ist nicht verwunderlich, daß das Schrifttum, soweit es dem Reichsgericht in dieser Frage im Ergebnis gefolgt ist, sich nicht mit seiner formallogischen Begründung begnügt, sondern insoweit auf die besonderen sachlichen Verhältnisse bei der stillen Gesellschaft zurückgreift. So wird die Entscheidung des Reichsgerichts von W. [REDACTED] namentlich deshalb für unbedenklich gehalten, weil es sich bei der stillen Gesellschaft "nur um eine Beteiligung mit Vermögen, nicht um eine weitgehende persönliche, auch in gemeinsamer Arbeit sich auswirkende Verbindung handelt" (RGRK HGB § 132, Bem. 15; ähnlich auch Barz JW 1938, 492). Es fragt sich jedoch, ob dieser auf die besonderen Verhältnisse der stillen Gesellschaft zurückgreifende sachliche Gesichtspunkt es wirklich rechtfertigt, die Möglich-

keit eines Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts bei der stillen Gesellschaft zu bejahen, so wie es etwa bei einem Darlehen im Rahmen der §§ 138, 242 BGB allgemein als zulässig angesehen wird. Bei der Beurteilung dieser Frage erhebt sich sogleich das Bedenken, daß die stille Gesellschaft ihrer Natur nach außerordentlich vielgestaltig ist und sich keineswegs immer nur in einer Beteiligung mit Vermögen erschöpft. Das zeigt sich gerade in dem vorliegenden Fall, in dem sich der Kläger als stiller Gesellschafter zur Leistung persönlicher Dienste verpflichtet und außerdem für die Dauer der stillen Gesellschaft ein Wettbewerbsverbot auf sich genommen hat. In einem Fall dieser Art erscheint es - auch nach dem Grundgedanken des § 624 BGB - unangemessen, dem Dienstverpflichteten (stillen Gesellschafter) ein ordentliches Kündigungsrecht auf Grund einer vertraglichen Vereinbarung zu versagen. Denn das würde zu einer nicht vertretbaren Einschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeit führen. Aber auch für den anderen Gesellschafter muß der Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts als unzulässig angesehen werden. Das wird auch von Barz aaO zugestanden, der nämlich den Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts nicht zulassen will, wenn bei dem stillen Gesellschafter die persönliche Bindung die vermögensrechtliche überwiegt.

Zu diesen Bedenken, die gegen die Zulässigkeit eines Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts bei einer stillen Gesellschaft sprechen, tritt entscheidend ein weiteres Bedenken allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Art. Angesichts der Vorschrift des § 723 Abs 3 BGB ist es unabweisbar, daß es bei jeder Gesellschaft bürgerlichen Rechts, also auch bei einer sog. Innengesellschaft, unzulässig ist, das ordentliche Kündigungsrecht auszuschließen. Das bedeutet, daß auf jede Innengesellschaft, bei der nicht alle Erfordernisse der §§ 335 ff HGB gegeben sind, § 723 Abs 3

BGB angewendet werden muß, weil diese in einem solchen Fall eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist. Ist z.B. der an einer Gesellschaft beteiligte Gewerbetreibende mit Rücksicht auf §§ 2, 3 HGB kein Kaufmann und ist damit lediglich aus diesem Grunde die fragliche Innengesellschaft keine stille Gesellschaft, sondern eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, dann ist nach § 723 Abs 3 BGB der Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts unzulässig. Für eine solche Gesellschaft kann nun nichts anderes gelten, wenn der an ihr beteiligte Gewerbetreibende im Laufe der Zeit nach § 2 oder § 3 HGB Kaufmann wird und die Gesellschaft sich dann als eine stille Gesellschaft darstellt. Irgendein sachlich gerechtfertigter Grund für eine unterschiedliche Behandlung ist insoweit nicht ersichtlich. Es zeigt sich in dieser Hinsicht vielmehr bei einer solchen Betrachtung die allgemeine gesellschaftsrechtliche Bedeutung der zwingenden Vorschrift des § 723 BGB für alle Personalgesellschaften, die für die Personalgesellschaften des Handelsrechts nur eine hier nicht interessierende Modifizierung durch die §§ 132 ff, 339 HGB erhält. Die ordentliche Kündigung ist bei den Personalgesellschaften, die auf Lebenszeit eines Gesellschafters oder auf unbestimmte Zeit eingegangen werden, ein notwendiges Element in dem strukturellen Aufbau dieser Gesellschaften. Ihr zwingender Charakter muß daher auch für die stille Gesellschaft gelten (im Ergebnis ebenso Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 339 Bem 19; Schlegelberger-Gessler § 339 Bem 16; Gessler, SozPrax 1939, 674; wohl auch Koehler JZ 1954, 196).

Dieser Beurteilung kann nicht, wie Barz aaO es tut, entgegengehalten werden, daß jedenfalls bei kapitalistisch organisierten Personalgesellschaften etwas anderes gelten müsse, und daß wenigstens bei solchen Gesellschaften eine ähnliche oder entsprechende Behandlung wie bei den Kapital-

gesellschaften geboten sei. Denn wie der Senat schon wiederholt hervorgehoben hat (vgl BGHZ 18, 361; 20, 364), ist es nicht möglich, mit Rücksicht auf die mehr oder weniger kapitalistische Organisation einer Personalgesellschaft irgendwelche für die Personalgesellschaft zwingend geltenden Vorschriften aufzugeben und statt dessen solche für die Kapitalgesellschaften geltenden Grundsätze anzuwenden. Hinzu kommt, daß das für den Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts auch innerlich gar nicht gerechtfertigt wäre, wenn, wie hier, die Möglichkeit für eine freie Abtretung der stillen Beteiligung nicht gegeben ist.

Somit muß davon ausgegangen werden, daß bei der stillen Gesellschaft in keinem Fall das ordentliche Kündigungsrecht durch eine vertragliche Vereinbarung unter den Gesellschaftern ausgeschlossen werden kann. Bei dieser Rechtslage bedarf es daher auch keiner Prüfung, ob die vorliegende Gesellschaft eine solche mehr kapitalistischer oder mehr persönlicher Art ist.

Abschließend ergibt sich hieraus, daß die von den Beklagten nach Maßgabe der §§ 339, 134, 132 HGB ausgesprochene Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses zulässig ist, ohne daß es noch einer Erörterung in der Richtung bedarf, ob nämlich in dem Gesellschaftsvertrag der Parteien das ordentliche Kündigungsrecht für die Beklagten ausgeschlossen worden ist oder nicht.

II. Für den vorliegenden Fall könnte es sich lediglich fragen, ob die von den Beklagten ausgesprochene zulässige Kündigung deshalb unwirksam ist, weil sich diese als eine mißbräuchliche Rechtsausübung darstellt. Ein Anhaltspunkt in dieser Richtung könnte der von dem Kläger hervorgehobene Umstand sein, daß die stille Gesellschaft im Zusammenhang und zur Beilegung erbrechtlicher Streitigkeiten errichtet worden sei und daß die Beteiligung des Klägers als stiller

Gesellschafter gewissermaßen die Gegenleistung der Beklagten für die Aufgabe der von ihm in Anspruch genommenen erbrechtlichen Ansprüche darstelle. Eine solche mißbräuchliche Rechtsausübung kann jedoch für den vorliegenden Fall nicht angenommen werden.

Die hier gegebenen Verhältnisse nötigen nicht zu einer abschließenden Stellungnahme zu der Frage, ob eine mißbräuchliche Rechtsausübung bei der Kündigung eines Gesellschaftsverhältnisses überhaupt angenommen werden kann (vgl dazu BGHZ LindMöhr Nr 2 zu § 132 HGB und die Anm von Koehler JZ 1954, 196). Denn wenn auch diese Frage zu bejahen wäre, dann kann eine solche Annahme niemals dazu führen, daß auf diesem Wege praktisch ein Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts herbeigeführt und damit der zwingende Charakter des § 723 Abs 3 BGB aufgegeben wird (BGH aaO). Eine mißbräuchliche Rechtsausübung der Beklagten bei Ausübung des ihnen zustehenden ordentlichen Kündigungsrechts hätte daher unter diesem Gesichtspunkt nur in den ersten Jahren nach Errichtung der stillen Gesellschaft in Betracht kommen können, weil nämlich eine solche sofortige oder baldige Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses als ein Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten bei Abschluß des Vergleichs und damit als arglistig angesehen werden müßte. Dagegen kann dieser Gesichtspunkt nicht dazu führen, daß die Beklagten aus diesem Grunde für immer daran gehindert sein sollten, das Gesellschaftsverhältnis durch eine ordentliche Kündigung zur Auflösung zu bringen. Denn das würde im Widerspruch zu der Vorschrift des § 723 Abs 3 BGB und vor allem im Widerspruch zu dem Grundgedanken dieser Vorschrift stehen.

Da die Beklagten erst nach Ablauf von 12 Jahren das Gesellschaftsverhältnis zum Ende des 13. Jahres gekündigt haben, kann eine solche Kündigung auch unter Berücksichti-

gung der Umstände, die der Kläger für den Abschluß des Vergleichs als maßgeblich bezeichnet hat, nach den vorstehenden Ausführungen nicht als eine mißbräuchliche Rechtsausübung angesprochen werden. Daraus folgt, daß die von den Beklagten ausgesprochene Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses auch nicht nach § 242 BGB als unwirksam angesehen werden kann.

Zusammenfassend ergibt sich somit, daß die von der Revision angegriffene Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis richtig ist. Die Revision des Klägers muß daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückgewiesen werden.

Dr. Canter

Dr. Delbrück

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Haager