

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 199/66

URTEIL

Verkündet am

23. November 1967

Heil,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Kaufmann Manfred K. [REDACTED] und Brigitte
geb. S. [REDACTED], D. [REDACTED]-H. [REDACTED], D. [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Franz S. t. [REDACTED], Kamp-I. [REDACTED]
R. [REDACTED] Straße, Ecke M. [REDACTED] Straße, Ho. [REDACTED]
Fischhandlung,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] - o.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck und Stimpel für Recht erkannt:

Auf die Revision wird - unter deren Zurückweisung im übrigen - das Teilurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 27. Oktober 1966 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht festgestellt hat, der Vertrag vom 6. Februar 1963 sei durch Kündigung zum 24. August 1965 erloschen, und als es die Beklagten verurteilt hat, zugunsten des Klägers auf ihre Rechte aus der Zuweisungsverfügung über den Marktstand in W[REDACTED]-Ro[REDACTED] zu verzichten und das auf dem Konto der Dr[REDACTED]Bank in D[REDACTED]-H[REDACTED] Nr. 43970 befindliche Guthaben in Höhe des Saldos auf den Kläger zu übertragen.

Wegen des Guthabens wird die Klage abgewiesen.

Im übrigen wird die Sache im Umfange der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betrieb seit 1958 ein Fischgeschäft in der Weise, daß die Fische in seiner aus gemieteten Räumen bestehenden Geschäftszentrale gelagert, soweit erforderlich zubereitet und dann auf verschiedenen Märkten veräußert wurden. Er erkrankte Ende 1962, beauftragte den Beklagten, seinen Stiefbruder und Angestellten, das Geschäft in seinem Namen weiterzuführen, erteilte der Beklagten Ehefrau Bankvollmacht und reiste am 6. Januar 1963 nach Teneriffa.

Am 24. Januar 1963 teilte der Beklagte dem Kläger mit, seine Gläubiger hätten sein gesamtes Vermögen beschlagnahmt. Daraufhin flog der Kläger Anfang Februar 1963 nach Holland, verkaufte ein Grundstück und befriedigte von dem Erlös einen Teil seiner Gläubiger. Am 6. Februar 1963 schloß er mit beiden Beklagten einen notariellen Vertrag. Danach sollten die Beklagten mit Wirkung vom 11. Februar 1963 kraft unwiderruflichen Auftrags und in Vollmacht des Klägers für diesen in seinem Namen das Fischgeschäft führen, die Hälfte der Geschäftsverbindlichkeiten nach dem Stande vom 11. Februar 1963 übernehmen und Gewinn und Verlust hälftig mit dem Kläger teilen.

Zwei Tage vorher hatte der Beklagte im eigenen Namen einen neuen Mietvertrag über die Geschäftszentrale geschlossen. Mit Wirkung vom 11. Februar 1963 meldete er gewerbepolizeilich einen eigenen Fischhandel an. Etwa um dieselbe Zeit gab er aus dem Geschäft des Klägers mehrere Fahrzeuge, die noch nicht voll bezahlt waren, an die Lieferfirma zurück und schloß mit ihr im eigenen Namen neue Kaufverträge über die zurückgegebenen oder andere Fahrzeuge, nämlich einen Pkw, einen Lieferwagen und drei An-



hänger, die inzwischen bezahlt sind. In der Folgezeit betrieb er den Fischhandel in derselben Weise im eigenen Namen weiter, wie er es zuvor im Namen des Klägers getan hatte. Dabei benutzte er auch das dem Kläger gehörende Inventar. Das Geschäftskonto bei der Dr. [REDACTED] Bank ließ er auf seinen Namen führen. Die städtische Zuweisungsverfügung über den Marktstand in W [REDACTED] - E [REDACTED] ließ er auf sich umschreiben und erwirkte auf seinen Namen die Zuweisung eines Marktstandes in Wuppertal-Ronsdorf.

Der Kläger, der später wieder nach Deutschland zurückkehrte, kündigte mit Schreiben vom 24. August 1965 den Vertrag vom 6. Februar 1963 fristlos, weil ihm dessen Fortsetzung auf Grund des Verhaltens der Beklagten nicht mehr zuzumuten sei. Er hat - nur insoweit ist der Rechtsstreit in die Revisionsinstanz gelangt - in der Berufungsinstanz unter anderem beantragt,

1. festzustellen, daß der Vertrag vom 6. Februar 1963 durch Kündigung zum 24. August 1965 erloschen sei, und
2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn die im Februar 1963 erworbenen Kraftfahrzeuge und Anhänger sowie im einzelnen bezeichnetes, ihm gehörendes Inventar herauszugeben, zu seinen Gunsten auf ihre Rechte aus den Zuweisungsverfügungen über die Marktstände in W [REDACTED] - E [REDACTED] und W [REDACTED] - Ro [REDACTED] sowie auf den Marktstand in Solingen-Mitte zu verzichten und das auf dem Konto der Dr. [REDACTED] Bank befindliche Guthaben in Höhe des Saldos auf ihn zu übertragen.

Die Beklagten berufen sich darauf, daß sie mit Anwaltschreibern vom 9. März 1963 den Vertrag wegen arglistiger Täuschung angefochten haben. Sie machen dazu geltend, sie seien der holländischen Sprache, in der der Vertrag abgefaßt ist, nicht mächtig gewesen, und der Kläger habe ihnen die in dem Vertrag vereinbarte Schuldübernahme verheimlicht. Davon abgesehen sei die Durchführung des Vertrages unmöglich gewesen; denn das Geschäft sei schon vor dem 11. Februar 1963 infolge Überschuldung völlig zusammengebrochen. Er - der beklagte Ehemann - habe sich unter diesen Umständen, um nicht arbeitslos zu werden, entschlossen, ein eigenes Gewerbe anzumelden und aus eigenen Mitteln einen Fischhandel im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu beginnen. Daran sei der Kläger nicht beteiligt. Mindestens sei er für alle ihm etwa zustehenden Ansprüche im Oktober 1963 abgefunden worden. Zu dieser Zeit suchte der Kläger die Beklagten auf und erhielt von ihnen 4.000 DM in bar und 15.000 DM in Schecks, die auch eingelöst wurden. Die Beklagten behaupten, der Kläger habe bei dieser Gelegenheit versprochen, keine Forderungen mehr zu stellen, behaupten andererseits aber Tatsachen, aus denen sie einen Anspruch auf Rückzahlung der 19.000 DM herleiten.

Das Berufungsgericht hat der Klage im Umfang der vorstehenden Anträge stattgegeben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstreben die Beklagten die Abweisung dieser Anträge.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Feststellungsklage.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Vertrag vom 6. Februar 1963 sei seinem Inhalt nach rechtswirksam und entgegen der Ansicht der Beklagten nicht auf eine wirtschaftlich unmögliche Leistung gerichtet gewesen.

Die dagegen von der Revision erhobenen Angriffe können unter keinem der in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkte Erfolg haben.

Die Beklagten haben das Geschäft nach dem 11. Februar 1963 - wenn auch im eigenen Namen - im wesentlichen mit den vom Kläger geschaffenen Betriebseinrichtungen und geschäftlichen Möglichkeiten tatsächlich weitergeführt. Sie haben sich gegenüber dem Kläger nicht darauf berufen, daß sie sein Geschäft wegen dessen Überschuldung hätten einstellen und abwickeln müssen und nunmehr ein eigenes Geschäft betrieben, sondern haben in der Folgezeit lediglich versucht, sich durch Anfechtung von dem Vertrag zu lösen.

Sie können deshalb nicht geltend machen, das Geschäft des Klägers habe am 6. oder wenigstens am 11. Februar 1963 nicht mehr bestanden und habe demgemäß nicht von ihnen weitergeführt werden können. Der Vertrag ist mithin nicht im Sinne von § 306 BGB auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen, und die Leistung ist auch nicht nachträglich im Sinne von § 323 Abs. 1 BGB unmöglich geworden.

Zugleich ergibt sich aus dem Verhalten der Beklagten, daß ihnen die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes, wenn- gleich sie ihnen zunächst schwergefallen sein mag, nicht

infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten unzumutbar gewesen sein kann. Die Beklagten sind mithin auch nicht gemäß § 242 BGB (vgl. dazu BGB-RGRK 11. Aufl. § 306 Anm. 4) von ihrer Verpflichtung aus dem Vertrag frei geworden.

Deshalb ist das Berufungsgericht den erst im Rechtsstreit aufgestellten Behauptungen der Beklagten über die Undurchführbarkeit des Vertrages mit Recht nicht nachgegangen.

2. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Anfechtung des Vertrages durch die Beklagten wirksam gewesen ist; denn bejahendenfalls müsse angenommen werden, die Beklagten hätten den Vertrag durch ihr späteres Verhalten im Sinne von § 141 BGB bestätigt.

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Darlegungen des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum sind.

a) Entgegen der Ansicht der Revision war allerdings zur Bestätigung des Vertrages nicht die besondere Erklärung der Beklagten erforderlich, nun auch die Hälfte der Altschulden übernehmen zu wollen, deretwegen der Kläger sie angeblich getäuscht hatte. Ein Vertrag kann nämlich auch durch schlüssiges Handeln bestätigt werden (vgl. BGHZ 11, 60; Soergel/Hefermehl, BGB 10. Aufl. und Staudinger/Coing, BGB 11. Aufl., beide Anm. 3 zu § 141). Die Bestätigung ist zwar nach § 141 Abs. 1 BGB "als erneute Vornahme zu beurteilen". Das bedeutet aber nicht - auch nicht nach der von der Revision angeführten Kommentarstelle bei Staudinger/Coing aaO - , daß der zu bestätigende Vertrag in seinen Einzelheiten neu erklärt werden müßte. Es genügt vielmehr, daß sich beide Parteien nach der Anfechtung in Kenntnis aller Vereinbarungen auf den Boden des Vertrages stellen.

b) Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen indes nicht die Annahme, die Parteien hätten den Vertrag durch schlüssiges Handeln bestätigt.

Die von der Revision angeführte Bemerkung des Berufungsgerichts, die Beklagten hielten "nach wie vor" an der Anfechtung fest, bezieht sich allerdings nur auf das prozessuale Verhalten der Beklagten, besagt also nicht, diese hätten schon vor der Kündigung des Vertrages durch den Kläger zum Ausdruck gebracht, trotz Weiterführung des Geschäfts ihre Rechte aus der Anfechtung nicht aufgeben zu wollen.

Auch ist dem Berufungsgericht darin zuzustimmen, daß die Beklagten bei Wirksamkeit ihrer Anfechtung das gesamte Geschäftsvermögen sofort an den Kläger hätten herausgeben müssen.

Dessen ungeachtet kann jedoch nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts aus dem Verhalten der Beklagten nicht entnommen werden, daß diese nach der Anfechtung den Vertrag mit seinem ursprünglichen Inhalt bestätigt haben. Maßgebend ist insoweit der objektive Erklärungsgehalt des Verhaltens der Beklagten. Diese haben sich - wie auch zum Teil schon vorher - nach der Anfechtung gerade nicht auf den Boden des Vertrages gestellt, sondern entgegen den in diesem Vertrag übernommenen Pflichten das Geschäft im eigenen Namen und nicht im Namen des Klägers weitergeführt. Ein solches Verhalten kann aus Rechtsgründen nicht als eine Bestätigung des Vertrages angesehen werden. Dabei ist es für diese Beurteilung ohne Bedeutung, daß die Beklagten auch schon vor ihrer Anfechtungserklärung in weitem Umfang ihre Vertragspflichten verletzt haben mögen und

daß in ihrem Verhalten vor und nach der Anfechtung kein grundsätzlicher Wandel eingetreten sein mag. Denn bei der Frage nach dem Vorliegen einer Bestätigung durch schlüssiges Verhalten kommt es in einem Fall der vorliegenden Art darauf an, ob das Verhalten der betreffenden Vertragspartei nach der Anfechtung in ihrem objektiven Erklärungsgehalt dahin zu verstehen ist, daß sich diese Partei trotz der abgegebenen Anfechtungserklärung nunmehr auf den Boden des abgeschlossenen Vertrages stellen will. Das kann bei einem vertragswidrigen Verhalten, wie es hier die Beklagten gezeigt haben, nicht gesagt werden.

Dabei mag noch darauf hingewiesen werden, daß sich nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts die Sachlage auch vom Standpunkt des Klägers nicht anders darstellt. Denn danach haben die Beklagten nach ihrer Anfechtungserklärung dem Kläger nicht zu erkennen gegeben, daß sie an dieser Erklärung nicht festhalten wollen. Die Tatsache, daß sie dem im Ausland befindlichen Kläger offenbar nicht die Überlassung des Geschäfts besonders angeboten haben, kann allein nicht im Sinn einer Bestätigung gegenüber dem Kläger gedeutet werden. Denn nach der Anfechtungserklärung war es zunächst Sache des Klägers, insoweit die notwendigen Schritte zu unternehmen; er konnte daraus, daß die Beklagten ihm gegenüber offenbar keine weiteren Erklärungen abgaben, nicht entnehmen, daß sie nunmehr von der ausgesprochenen Anfechtungserklärung absehen und den abgeschlossenen Vertrag seinem ganzen Inhalt nach, also einschließlich der vereinbarten Schuldmitübernahme oder Schuldbefreiung, bestätigen wollten.

Dasselbe gilt von der weiteren Feststellung, daß von den Beklagten im Oktober 1963 dem Kläger gegebene Zahlungsversprechen über 19.000 DM habe "jedenfalls im Zusam-

menhang mit der Geschäftsführung der Beklagten" gestanden und "wäre nicht gegeben worden, wenn die Beklagten an der Anfechtung hätten festhalten wollen". Zwar hat das Berufungsgericht den Beklagten nicht geglaubt, sie hätten dem Kläger das Geld als Darlehn, als Abfindung, aus Mitleid oder infolge Erpressung gegeben. Das läßt sich mit Rücksicht auf die Widersprüche im Vortrag der Beklagten aus Rechtsgründen nicht beanstanden. Daraus allein ergab sich jedoch noch nicht, die Beklagten hätten mit ihrem Zahlungsversprechen zum Ausdruck gebracht, sich nunmehr auf den Boden des Vertrages stellen zu wollen; denn die Parteien könnten dabei auch vereinbart haben, die 19.000 DM erst später irgendwie zu verrechnen. Deshalb hätte das Berufungsgericht feststellen müssen, welche Erwägungen die Beklagten im einzelnen veranlaßt haben, dem für die Bestätigung beweispflichtigen Kläger die Zahlungen zu versprechen.

c) Danach muß für das Revisionsverfahren davon ausgegangen werden, daß die Beklagten den Vertrag am 9. März 1963 wirksam angefochten und die Parteien ihn nicht nachträglich bestätigt haben.

Dann aber konnte der Kläger den Vertrag nicht mehr am 24. August 1965 fristlos kündigen.

Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß die Parteien durch den Vertrag, wie noch darzulegen sein wird, eine atypische stille Gesellschaft errichtet hatten; denn dieser Umstand schloß nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft die Anfechtbarkeit des Vertrages nicht aus, sondern beschränkte allenfalls die Rechtsfolgen einer etwaigen Anfechtung für die Vergangenheit, d. h. für die Zeit bis zum Zugang der Anfechtungserklärung vom 9. März 1963.

Das Berufungsgericht meint noch, die Beklagten könnten sich, nachdem sie trotz der ihnen obliegenden Herausgabepflicht das Geschäft über Jahre weitergeführt und daraus Gewinn erzielt hätten, nach Treu und Glauben nicht mehr auf die Anfechtung berufen. Dem kann gleichfalls nicht gefolgt werden. Ergibt sich aus dem Verhalten der Beklagten, wie es der Kläger mit Rücksicht auf §§ 133, 157 BGB verstehen mußte, kein Bestätigungswille, so setzen sich die Beklagten zu diesem Verhalten nicht in Widerspruch, wenn sie auch heute noch einwenden, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten zu haben. Hat der Kläger die Beklagten arglistig getäuscht, so können auch unter Berücksichtigung von § 242 BGB Zweifel darüber, ob die Beklagten den Vertrag bestätigen wollten, nicht zu ihren, sondern nur zu seinen Lasten gehen.

Nach alledem muß die Sache wegen des Feststellungsantrages an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses nunmehr weitere tatsächliche Feststellungen hinsichtlich der arglistigen Täuschung oder der Bestätigung treffen kann.

II. Zur Leistungsklage.

1. Mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, daß die Parteien, wie schon erwähnt, durch den Vertrag eine atypische stille Gesellschaft mit den Beklagten als stillen Teilhabern und Geschäftsführern errichtet hatten.

Die Beklagten können aus den oben I 1. dargelegten Gründen nicht geltend machen, der Kläger sei am 6. oder wenigstens am 11. Februar 1963 gar nicht mehr Inhaber eines Handelsgeschäfts gewesen, an dem sie sich im Innenverhältnis hätten beteiligen können.

Ebensowenig läßt sich andererseits mit der Revision sagen, die Beklagten seien durch die Übernahme der halben Altschulden Mitinhaber des Geschäfts geworden. Sollten sie eigene Mittel zur Begleichung solcher Schulden aufgewandt haben, so könnte darin nur die Leistung ihrer Einlage im Sinne von § 335 Abs. 1 HGB gelegen haben.

Die Beklagten konnten dadurch, daß sie sich vielleicht schon bei Abschluß des Vertrages insgeheim vorbehielten, das Erklärte nicht zu wollen, sowie dadurch, daß sie später das Geschäft vertragswidrig nicht im Namen des Klägers, sondern unter einer anderen Firma und für eigene Rechnung führten, an Bestand und Rechtsnatur des Vertrages nichts ändern. Das bedarf keiner weiteren Erörterung.

2. a) Die Beklagten müssen die dem Kläger gehörigen Inventarstücke auch dann an ihn herausgeben und - soweit das in Anbetracht der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften in ihrer Macht steht - ihm die Benutzung des Marktstandes in Solingen-Mitte auch dann wieder ermöglichen, wenn die stille Gesellschaft nicht durch Kündigung, sondern durch Anfechtung beendet worden ist.

Das ziehen die Beklagten selbst nicht in Zweifel.

b) Bei Wirksamkeit des Vertrages hätten die Beklagten davon absehen müssen, die Zuweisungsverfügung über den Marktstand in W[REDACTED]-E[REDACTED] auf sich umschreiben zu lassen, und hätten entweder die Fahrzeuge des Klägers überhaupt nicht zurückgeben dürfen oder doch die Ersatzfahrzeuge im Namen des Klägers erwerben müssen.

Die Beklagten haben dadurch, daß sie anders verfahren sind, den Vertrag schuldhaft verletzt und müssen deshalb dem Kläger den ihm aus ihren Maßnahmen entstandenen Schaden ersetzen.

Sie haben den Kläger im Wege der Naturalrestitution nach § 249 Satz 1 BGB so zu stellen, wie wenn sie sich vertragsgemäß verhalten hätten. Das bedeutet, daß sie die Ersatzfahrzeuge an den Kläger herausgeben und ihm - soweit rechtlich zulässig - auch die Benutzung des Marktstandes in Wuppertal-Elberfeld wieder ermöglichen müssen.

Zugleich ergeben sich diese Verpflichtungen der Beklagten aus § 687 Abs. 2 i.V.m. § 681 Satz 2 und § 667 BGB. Indem die Beklagten, statt die Miete für den Marktstand und die Kaufpreistraten für die Fahrzeuge im Namen des Klägers weiterzuzahlen, die Zuweisungsverfügung auf sich umschreiben ließen, die Fahrzeuge des Klägers zurückgaben und mit der Lieferfirma Kaufverträge im eigenen Namen schlossen, haben sie Geschäfte, die sie nach dem Vertrag nur als fremde, nämlich als solche des Klägers hätten führen dürfen, als eigene behandelt. Sie sind in dieser Weise verfahren, obwohl sie wußten, daß sie dazu nicht berechtigt waren. Daß sie dieses Bewußtsein hatten, kann mit Rücksicht auf den Vertragsabschluß vom 6. Februar 1963 nicht zweifelhaft sein. Sie müssen deshalb an den Kläger herausgeben, was sie aus der Geschäftsbesorgung erlangt haben, also wiederum die Ersatzfahrzeuge und - soweit rechtlich möglich - auch den Marktstand.

Hätten die Beklagten den Vertrag durch ihre Anfechtung rückwirkend vernichtet und hätten die Parteien ihn nicht sodann bestätigt, dann entfielen zwar der Schadens-

ersatzanspruch des Klägers aus der Verletzung dieses Vertrages. Derjenige aus § 687 Abs. 2 BGB bliebe aber bestehen. Dabei ist hinsichtlich der Ersatzfahrzeuge ohne Belang, ob die Beklagten bei deren Kauf die etwaige Anfechtbarkeit des Vertrages vom 6. Februar 1963 gekannt haben. Das Bewußtsein der Beklagten, nicht berechtigt zu sein, ein Geschäft des Klägers als ihr eigenes zu behandeln, ergibt sich nämlich, wie dargelegt, schon aus der Kenntnis ihrer vertraglichen Pflicht, das Fischgeschäft im Namen und für Rechnung des Klägers zu führen. Der Kenntnis der Anfechtbarkeit (vgl. § 142 Abs. 2 BGB und RGZ 138, 49) bedurfte es mithin zur Begründung des Anspruchs aus § 687 Abs. 2 BGB nicht mehr.

Es kommt also auch hier nicht darauf an, ob das Vertragsverhältnis erst durch die Kündigung des Klägers erloschen ist.

Die Beklagten können nicht einwenden, sie hätten wegen der Überschuldung und Kreditunwürdigkeit des Klägers die Zuweisungsverfügung auf sich umschreiben lassen, die Fahrzeuge des Klägers zurückgeben und die Ersatzfahrzeuge im eigenen Namen erwerben müssen. Sie haben sich den Einwand, sie hätten die Miete für den Marktstand und die Kaufpreistraten für die Fahrzeuge nicht aus den Einnahmen des vertragsgemäß weitergeführten Geschäfts zahlen können, durch ihr oben I 1. erörtertes Verhalten selbst abgeschnitten.

Der Kläger hat seine Ansprüche auch nicht verwirkt. Die Beklagten konnten daraus, daß er nicht sofort gegen sie voring, nicht entnehmen, er wolle ihnen den Marktstand und die Fahrzeuge belassen; denn sie wußten, daß er

seine Interessen in Deutschland zunächst nicht mit dem nötigen Nachdruck verfolgen konnte.

c) Gegenüber den zu a) und b) erörterten Ansprüchen können die Beklagten keine Einwendungen daraus herleiten, daß sie ab Oktober 1963 insgesamt 19.000 DM an den Kläger gezahlt haben. Das Berufungsgericht hat gemeint, sich wegen der oben I 2 b) bereits erwähnten Widersprüche im Vortrag der Beklagten nicht davon überzeugen zu können, daß der Kläger den Betrag an die Beklagten zurückzahlen muß oder durch ihn abgefunden worden ist. Das muß die Revision hinnehmen, weil dem Berufungsgericht bei dieser tatsächlichen Würdigung kein Rechtsfehler unterlaufen ist.

Die Beklagten haben auch kein Zurückbehaltungsrecht wegen ihrer etwaigen Gewinnansprüche. Dem Vertrag muß nämlich die Pflicht der Beklagten entnommen werden, nach der Beendigung der stillen Gesellschaft das Geschäft sofort und unabhängig von der Befriedigung ihrer Gegenansprüche zurückzugeben; denn anderenfalls könnte das Geschäft - was die Parteien nicht beabsichtigt haben können - in der Zeit bis zur gegenseitigen Abrechnung zum Erliegen kommen. Schon daran scheitert das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten.

d) Nach alledem hat das Berufungsgericht die Beklagten mit Recht verurteilt, die Fahrzeuge und das Inventar an den Kläger herauszugeben sowie zu seinen Gunsten auf ihre Rechte aus der Zuweisungsverfügung über den Marktstand in W [REDACTED] - E [REDACTED] und auf den Marktstand in Solingen-Mitte zu verzichten.

Dabei sei noch hervorgehoben, daß sich die Verzichtserklärung - so hat auch das Berufungsgericht sie verstanden - nicht an den Kläger, sondern an die Konzessionsbehörde richtet, also noch keine Übertragung der Rechte auf den Kläger bewirkt. Das Berufungsgericht hat mithin einer neuen Entscheidung der Konzessionsbehörde nicht vorgegriffen.

3. Die Beklagten hätten gemäß dem Vertrag der Parteien auch den Marktstand in Wuppertal-Ronsdorf dem Kläger zuweisen lassen müssen.

Die Verurteilung der Beklagten, auch auf ihre Rechte aus der diesen Marktstand betreffenden Zuweisungsverfügung zu verzichten, hängt jedoch noch davon ab, ob der Vertrag durch die Anfechtung vom 9. März 1963 oder erst durch die Kündigung erloschen ist und wann die Beklagten ersterenfalls die Zuweisung dieses Marktstandes beantragt haben. Hätten sie das erst nach wirksamer Anfechtung getan, dann hätten sie damit nicht mehr ein Geschäft des Klägers als ihr eigenes behandelt, sondern ein eigenes Geschäft geführt. Der Umstand, daß sie zugleich hinsichtlich des Fischgeschäfts (auftraglose) Geschäftsführer des Klägers gewesen wären, würde sie daran nicht gehindert haben. In diesem Falle wäre die Klage insoweit abzuweisen.

Wegen des Marktstandes in W[REDACTED]-Ro[REDACTED] muß deshalb die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses noch die erforderlichen Feststellungen treffen kann.

4. Dagegen muß die Klage abgewiesen werden, soweit der Kläger beantragt hat, die Beklagten zu verurteilen,

das auf dem Konto der Dresdner Bank befindliche Guthaben in Höhe des Saldos auf ihn zu übertragen. Der Kläger kann die etwaigen Geschäftseinnahmen, die sich zufällig an irgendeinem Tage auf dem jedenfalls heute für die Beklagten geführten Bankkonto befunden haben, nicht gesondert herausverlangen. Vielmehr hat er nur Anspruch auf den Überschuß, da die Beklagten aus den Geschäftseinnahmen auch die laufenden Ausgaben bestreiten mußten und sogar ihren etwaigen Gewinn aus der Gesellschaftskasse entnehmen durften.

III. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens hängt zum größten Teil von der neuen Entscheidung des Berufungsgerichts ab und muß deshalb diesem übertragen werden.

Dr. Fischer

Liesecke

Dr. Schulze

Fleck

Stempel