

8

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

HGB § 140

Macht ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft von dem Recht, die Gesellschaft aus wichtigem Grunde zu kündigen, 1 1/4 Jahr lang keinen Gebrauch, dann besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Kündigungsgrund nachträglich durch die spätere Entwicklung der gesellschaftlichen Beziehungen weggefallen ist. Sache des Kündigungsberechtigten ist es dann, den Wegfall des Kündigungsgrundes zu widerlegen; dazu muß er Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich ergibt, daß die langdauernde Fortsetzung der Gesellschaft nichts mit einer Wiederherstellung der gesellschaftlichen Vertrauensgrundlage zu tun hatte, sondern aner kennenswerte gesellschaftliche oder persönliche Gesichtspunkte die Gründe dafür waren, daß es erst verspätet zur Kündigung kam. Solche Gründe müssen auch dann dargetan und bewiesen werden, wenn sich der Berechtigte die Kündigung vorbehalten hat.

BGH, Urt. v. 11. Juli 1966 - II ZR 215/64 - OLG Hamburg
LG Hamburg

8

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 215/64

URTEIL

Verkündet am

11. Juli 1966,
Schorm,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Quartiersmanns Ernst W [REDACTED] in Firma St [REDACTED] & Cons.,
H [REDACTED], N [REDACTED] Wa [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. die Witwe Else S [REDACTED] geb. Na [REDACTED], H [REDACTED]-B [REDACTED],
G [REDACTED],
2. den Kaufmann Kurt S [REDACTED], E [REDACTED]/Alberta/Canada
G [REDACTED] D [REDACTED],
3. den Dipl.-Volkswirt Peter S [REDACTED], F [REDACTED],
G [REDACTED]-B [REDACTED]-Weg [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] - .

sc

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Fischer und der Bundesrichter Dr. Kuhn, Dr. Nörr, Fleck und Stimpel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 3. September 1964 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 25. September 1961 verstorbene Quartiersmann Peter S. und der Beklagte waren die alleinigen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die in H. ein Quartiersmanngeschäft betrieb. Die Kläger sind die Erben des Verstorbenen. Sie machen Abfindungsansprüche geltend.

In diesem Zusammenhang streiten die Parteien im wesentlichen darum, ob die Gesellschaft durch den Tod Peter S. oder schon vorher durch Kündigung des Beklagten aus wichtigem Grund ihr Ende gefunden hat. In beiden Fällen war der Beklagte nach dem Gesellschafts-



vertrag berechtigt, das Geschäft allein weiterzuführen. Hätte er aber - worauf er sich beruft - aus wichtigem Grunde wegen eines schuldhaften Verhaltens Peter S. [REDACTED] schon vor dessen Tod wirksam gekündigt, so könnten die Klüger gemäß § 7 des Gesellschaftsvertrages nur den Wert des Kapitalanteils als Abfindung verlangen, der auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung zu berechnen wäre; am Firmenwert wären sie nicht zu beteiligen. Wäre dagegen die Gesellschaft erst durch den Tod Peter S. [REDACTED] beendet worden, stünden die Kläger besser. Sie könnten zusätzlich gemäß § 6 des Gesellschaftsvertrages einen Anteil am Gewinn des Geschäfts bis zum Ende des Todesjahres sowie einen Anteil am good will der Firma beanspruchen. Diese zusätzlichen Ansprüche sind - in Teilbeträgen - Gegenstand der Klage.

Der Beklagte hat das Gesellschaftsverhältnis mit Schreiben vom 18. September 1961 fristlos gekündigt, weil sich Peter S. [REDACTED] schwere Pflichtverletzungen habe zuschulden kommen lassen. S. [REDACTED] hatte es nach der Gründung der Gesellschaft im Jahre 1951 übernommen, die Kasse und die dazugehörenden Bücher zu führen. Diese Aufgabe führte er so mangelhaft aus, daß ihm der Beklagte im Jahre 1957 die Kasse entzog. Auch nachträglich brachte S. [REDACTED] die Buchführung nicht in Ordnung. Ende 1959/Anfang 1960 nahm das Finanzamt eine Betriebsführung vor. Hierbei stellte sich heraus, daß S. [REDACTED] Einnahmen in Höhe von etwa 100.000,- DM nicht verbucht und für Ausgaben in Höhe von etwa 65.000,- DM keine Belege hatte. Ende November 1960 wurden gegen beide Gesellschafter Steuerstraßverfahren eingeleitet. Über den Kassenfehlbetrag von 65.000,- DM brachte S. [REDACTED], obwohl ihn der Beklagte wiederholt dazu aufforderte, auch weiterhin keine Ausgabenbelege bei. Er erkannte an, daß der Fehlbetrag zu seinen Lasten gehe. Spätestens im Februar 1961 wurde sein Kapitalkonto entsprechend belastet.

Die Kläger bestreiten den Fehlbetrag und die nachlässige Kassenführung ihres Erblassers nicht. Sie meinen aber, der Beklagte habe im September 1961 daraus keinen Kündigungsgrund mehr herleiten können. Er habe durch sein Verhalten zu erkennen gegeben, daß er die Gesellschaft fortsetzen wolle. Nach Ablauf von mehr als 1 1/4 Jahren habe es Treu und Glauben widersprochen, doch noch zu kündigen. Der Beklagte hält dagegen die Kündigung für berechtigt. Er behauptet, in den Jahren 1960/1961 wiederholt erklärt zu haben, er werde kündigen, wenn S. nicht endlich Belege vorlege. Als die Fehlbeträge aufgedeckt worden seien, habe er zunächst geglaubt, S. habe, soweit er Einnahmen nicht gebucht habe, lediglich Steuern hinterziehen wollen. Als er aber die Ausgaben auch später nicht habe belegen können, sei er, der Beklagte, allmählich zu der Überzeugung gekommen, S. habe das Geld veruntreut. Dessen sei er sich sicher geworden, als sich S. und dessen Ehefrau, die Klägerin zu 1), unaufgefordert mit Schreiben vom 6. September 1961 verpflichtet hätten, die aus der Steuerprüfung anfallenden Mehrsteuern, Strafen, Verfahrenskosten, Schreibgebühren u.ä. auf das Kapitalkonto zu übernehmen und damit ihn, den Beklagten, in jeder Hinsicht schadensfrei zu stellen. Erst die Gewißheit, in strafbarer Weise hintergangen worden zu sein, habe ihn zur Kündigung veranlaßt.

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben die Kündigung des Beklagten für unwirksam gehalten und der Klage auf Zahlung von Abfindungs-Teilbeträgen in Höhe von 6.100,- DM nebst Zinsen stattgegeben. Mit der Revision, die die Kläger zurückzuweisen beantragen, verfolgt der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht sei unvorschriftsmäßig besetzt gewesen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs verstößt die Überbesetzung eines Spruchkörpers regelmäßig dann gegen die Vorschrift des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn die Zahl der Mitglieder eine Rechtsprechung in zwei voneinander verschiedenen Sitzgruppen erlaubt. Das war hier nicht der Fall. Nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten in Hamburg gehörten dem 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts, bei dem der Rechtsstreit anhängig war, am Tage der letzten mündlichen Verhandlung ein Senatspräsident und vier Oberlandesgerichtsräte an.

II. Unbegründet ist auch die weitere Rüge der Revision, das dem angefochtenen Urteil vorausgegangene Ablehnungsverfahren beruhe auf einem Mangel.

Das Berufungsgericht hatte ein Gesuch des Beklagten, mit dem er zwei Richter des Berufungsgerichts wegen Befangenheit abgelehnt hatte, als unzulässig zurückgewiesen, weil sich der Beklagte in Kenntnis der geltend gemachten Ablehnungsgründe bei den abgelehnten Richtern auf eine Verhandlung eingelassen habe. Die vorweg eingeholte dienstliche Äußerung der abgelehnten Richter war den Parteien nicht zugänglich gemacht worden. Ob die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch deshalb auf einem Verfahrensverstoß beruhte, unterliegt gemäß § 548 ZPO nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht (vgl. BGH NJW 1964, 658). Die Revision meint aber: Da die Stellungnahme der abgelehnten Richter den Parteien nicht mitgeteilt worden sei, müsse davon ausgegangen werden, daß sich die Richter nicht ge-

äußert hätten. Infolgedessen sei offengeblieben, ob sie die Ablehnungsgründe gemäß § 48 ZPO gegen sich hätten gelten lassen wollen. Insoweit liege daher "ein nicht beschiedenes Ablehnungsbegehren" vor.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Auf sein Ablehnungsgesuch ist der Beklagte beschieden worden. Ein Ablehnungsverfahren gemäß § 48 ZPO, das die Revision anscheinend für eingeleitet und unerledigt hält, hätte nur dadurch ausgelöst werden können, daß die Richter selbst von Tatsachen Anzeige gemacht hätten, die ihre Ablehnung gerechtfertigt hätten. An einer solchen Anzeige fehlt es hier. Die von dem Beklagten abgelehnten Richter haben in ihren beiden Gerichtsakten befindlichen dienstlichen Äußerungen vom 9. Juni 1964 (Bl. 149 - 151 GA) erklärt, sie hielten sich nicht für befangen. Damit war für ein Ablehnungsverfahren gemäß § 48 ZPO kein Raum. Von einem "nicht beschiedenen Ablehnungsbegehren" des Beklagten kann daher nicht gesprochen werden.

III. In der Sache selbst steht das Berufungsgericht auf dem Standpunkt, die Kündigung sei unwirksam, weil der Beklagte schon im Sommer 1960 volle Kenntnis von den hierfür maßgeblichen Gründen gehabt, aber erst 1 1/4 Jahre danach gekündigt habe. Auch insoweit hält das Berufungsurteil im Ergebnis den Angriffen der Revision stand.

1. Die Behauptungen des Beklagten, mit denen er dazutun versucht hatte, erst kurz vor der Kündigung im September 1961 über den vollen Umfang der Verfehlungen Peter S. Klarheit gewonnen zu haben, hat das Berufungsgericht als widerlegt angesehen. Der Beklagte - so hat es ausgeführt - habe seit 1957 von der unzulänglichen Kassenbuchführung und spätestens seit Erhalt des Betriebs-

prüfungsberichts des Finanzamts vom 30. Juni 1960 von dem nicht belegten Kassenfehlbetrag von 65.000,- DM gewußt. Nachdem S. im Sommer 1960 anerkannt habe, den Fehlbetrag zu Lasten seines Kapitalkontos auszugleichen, sei es auch klar gewesen, daß er keine Unterlagen mehr in der Hand hatte, um die Verwendung der fehlenden Beträge zu belegen. Samow habe zu keiner Zeit Veruntreuungen eingestanden, sondern sich mit Arbeitsüberlastung und Raumknappheit entschuldigt. Dennoch habe der Beklagte im Gegensatz zu seinen Prozeßbehauptungen schon im Anschluß an die Betriebsprüfung fest an Veruntreuungen geglaubt. In der Folgezeit bis zur Kündigung habe sich nichts ereignet, was objektiv am Kündigungssachverhalt etwas geändert oder subjektiv den Beklagten veranlaßt haben könnte, das Verhalten S. anders als schon damals zu beurteilen. Von dem Kündigungsgrund, den er geltend gemacht habe, habe der Beklagte somit über 1 1/4 Jahre lang Kenntnis gehabt, ohne davon Gebrauch zu machen.

Diese Feststellungen, die auf einer Würdigung der erhobenen Beweise und der vorgelegten Schriftstücke beruhen, sind möglich. Ihnen liegen auch - entgegen der Ansicht der Revision - keine Verfahrensfehler zugrunde.

Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe unter Verkenennung der Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins oder jedenfalls unter Außerachtlassung wesentlicher Hilfstatsachen zu Unrecht für nicht erwiesen erachtet, daß der Kassenfehlbetrag auf Veruntreuungen S. zurückgeführt werden müsse, übersieht sie, daß es darauf nicht ankommt. Für die Frage, seit wann der Beklagte den vollen Kündigungsgrund kannte, ist nur von Belang, ob der Sachverhalt, der nach seiner Ansicht auf Veruntreuungen schließen läßt, für ihn schon im Sommer 1960 feststand.

8

Das war nach der Auffassung des Berufungsgerichts der Fall.

Der Revision ist auch darin nicht zu folgen, daß das Berufungsgericht den Zeugen B. hätte vernehmen müssen. Durch dessen Zeugnis hatte der Beklagte unter Beweis stellen wollen, daß ihn B. während des Steuerstraßverfahrens gewarnt habe, die Gesellschaft zu kündigen, solange keine Beweise für Veruntreuungen vorlägen; erst die Erklärung der Eheleute S. vom 6. September 1961 hätten B. und er als Eingeständnis von Veruntreuungen angesehen. Der Beweisantrag ist rechtlich unerheblich. Für die Dauer des Bestands des Kündigungsrechts kommt es in diesem Zusammenhang nur darauf an, ob sich an dem Kündigungssachverhalt, der dem Beklagten bekannt war, durch das Schreiben der Eheleute S. vom 6. September 1961 etwas geändert hat. Das hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint, weil jenes Schreiben weder ein ausdrückliches Eingeständnis von Veruntreuungen enthalte, noch sich ein Eingeständnis daraus folgern lasse. Diese Feststellung konnte durch die Vernehmung des Zeugen B. nicht in Frage gestellt werden.

Soweit die Revision im übrigen aus dem Verhalten des Beklagten und S. den Schluß ziehen möchte, daß "letzte Zweifel" des Beklagten an Veruntreuungen erst im September 1961 ausgeräumt worden seien und er sich deshalb erst zu diesem Zeitpunkt über den vollen Kündigungsgrund klargeworden sei, setzt sie ihre eigene Würdigung des Sachverhalts an die Stelle derjenigen, die das Berufungsgericht für richtig gehalten hat. Das ist revisionsrechtlich unzulässig.

2. Das Berufungsgericht konnte somit ohne Rechtsfehler davon ausgehen, daß der Kündigungsgrund seit Sommer 1960 bestand und dem Beklagten in vollem Umfange bekannt war. Ihm ist auch zuzustimmen, daß der Beklagte 1 1/4 Jahre später nicht mehr wirksam kündigen konnte.

Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß sich das Kündigungsrecht - im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts - nicht mit dem rechtlichen Gesichtspunkt der Verwirkung ausschließen läßt. Verwirkt ist ein Recht, wenn es illoyal verspätet geltend gemacht wird. Das ist in der Regel der Fall, wenn sich der Berechtigte über einen längeren Zeitraum hinweg so verhalten hat, daß sich der andere Teil darauf einrichten und darauf vertrauen durfte, mit der Ausübung des Rechts werde nicht mehr zu rechnen sein (BGH NJW 1957, 1358). Infolgedessen kann die Verwirkung eines Rechts nicht angenommen werden, wenn der Berechtigte durch wiederholte Erklärungen zu erkennen gibt, er behalte sich vor, von dem Recht noch Gebrauch zu machen. Das aber hatte der Beklagte nach seiner vom Berufungsgericht als wahr unterstellten Behauptung getan; er hatte behauptet, in den Jahren 1960/61 seinem Mitgesellschafter S. [REDACTED] wiederholt erklärt zu haben, er müsse sich noch überlegen, ob er fristlos kündigen wolle. Mußte aber S. [REDACTED] dem Verhalten des Beklagten entnehmen, dieser werde vielleicht doch noch kündigen wollen, dann ist es nicht möglich, das Kündigungsrecht als verwirkt anzusehen. Das Kündigungsrecht kann unter diesen Umständen auch weder durch Verzicht noch durch Verzeihung des pflichtwidrigen Verhaltens als beseitigt gelten.

Die Kündigung war aber aus einem anderen Grunde ausgeschlossen, nachdem der Beklagte 1 1/4 Jahre lang die Gesellschaft fortgesetzt hatte. Sicherlich braucht ein

8u

Gesellschafter, zu dessen Gunsten ein Recht zur Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund entstanden ist, hiervon nicht unverzüglich Gebrauch zu machen, um es nicht zu verlieren. Das ergibt sich schon daraus, daß es sich bei der Kündigung um ein Gestaltungsrecht handelt, das nicht an bestimmte Fristen gebunden ist. Hiervon abgesehen können die Abwicklung bedeutender Geschäfte oder andere Gesellschaftsinteressen die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses für geraume Zeit als sachgerecht erscheinen lassen. Der Kündigungsberechtigte kann ein eigenes aner kennenswertes Interesse daran haben, die unter Umständen auch für ihn bedeutsamen Folgen der Kündigung nicht sofort eintreten zu lassen. Auch ohne besondere Gesichtspunkte muß dem Kündigungsberechtigten Zeit bleiben, sich zu überlegen, ob er von dem Recht, die Gesellschaft aufzulösen, überhaupt Gebrauch machen will. Aus diesen und ähnlichen Gründen muß es möglich sein, die Kündigung auch dann noch auszusprechen, wenn schon einige Zeit vergangen ist, nachdem der Kündigungsgrund entstanden und dem Kündigungsberechtigten bekannt geworden ist. Andererseits widerspricht es der Lebenserfahrung, daß solche Gründe im Regelfall länger als einige Monate praktische Bedeutung haben. Ein Gesellschaftsverhältnis, das die vertrauensvolle Zusammenarbeit voraussetzt, verträgt es nicht, trotz Zerstörung dieser Grundlage für längere Zeit in der Schwebe gehalten zu werden. Außerdem liegt dem Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund der Gedanke zugrunde, daß einem Gesellschafter nicht zuzumuten ist, die gesellschaftliche Zusammenarbeit fortzusetzen. Regelmäßig wäre es deshalb ein Widerspruch in sich, wenn der Kündigungsberechtigte zwar noch lange Zeit am Gesellschaftsverhältnis festhielte, aber dennoch angenommen würde, es sei ihm auch weiterhin nicht zuzumuten, die Gesellschaft fortzusetzen. Die langdauernde weitere Aufrechterhaltung der Gesellschaft spricht im

Gegenteil dafür, daß der Kündigungsgrund im Laufe der Zeit für das Gesellschaftsverhältnis an Gewicht verloren hat und die Fortsetzung der Gesellschaft infolge der späteren Entwicklung der persönlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse nicht mehr unzumutbar ist.

Dieser Erfahrungssatz muß sich auch im Streit über die Wirksamkeit einer verzögerten Kündigung auf die Darlegungs- und Beweislast der Parteien auswirken. Beruht der Kündigungsgrund - wie im vorliegenden Falle - auf einem einmaligen, abgeschlossenen Fehlverhalten eines Mitgesellschafters und hat der Kündigungsberechtigte die Gesellschaft dennoch 1 1/4 Jahre lang fortgesetzt, dann besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß der Kündigungsgrund im Laufe der Zeit seine gesellschaftszerstörende Bedeutung verloren hat, das weitere gesellschaftliche Zusammenwirken nicht mehr unzumutbar und damit der Kündigungsgrund nachträglich durch die spätere Entwicklung der gesellschaftlichen Beziehungen weggefallen ist. Sache des Kündigungsberechtigten ist es dann, den Wegfall des Kündigungsgrundes zu widerlegen; dazu muß er Tatsachen darlegen und gegebenenfalls beweisen, aus denen sich ergibt, daß die langdauernde Fortsetzung der Gesellschaft nichts mit einer Wiederherstellung der gesellschaftlichen Vertrauensgrundlage zu tun hatte, sondern aner kennenswerte gesellschaftliche oder persönliche Gesichtspunkte die Gründe dafür waren, daß es erst verspätet zur Kündigung kam. Solche Gründe müssen auch dann dargetan und bewiesen werden, wenn sich der Berechtigte die Kündigung vorbehalten hat, wie es der Beklagte getan haben will; denn eine bloß formale Vorbehaltserklärung, die ohne solche Gründe darauf abzielte, trotz Fortsetzung der Gesellschaft das Kündigungsrecht in der Schwebe zu halten, stünde mit dem tatsächlichen Verhalten

des Kündigungsberechtigten im Widerspruch und könnte die Vermutung nicht ausräumen, daß der früher bestehende Kündigungsgrund tatsächlich der weiteren gesellschaftlichen Zusammenarbeit nicht mehr im Wege gestanden hat.

Auf solche Gründe hat sich der Beklagte nicht berufen können. Seine Einlassung im Steuerstraßverfahren, er habe wegen der lebensgefährlichen Erkrankung S. nicht gekündigt, ist unerheblich, weil die Krebsoperation, auf die der Beklagte damit offenbar hinweisen wollte, erst im Sommer 1961 stattgefunden hat. Sollte der Beklagte, was das Berufungsgericht offengelassen hat, mit Rücksicht auf die Freundschaft zu S. nicht alsbald gekündigt haben, so ist das ein Grund, der nicht dagegen, sondern eher dafür spricht, daß die Verfehlungen S. ihre Bedeutung als Kündigungsgrund verloren haben; daß er S. etwa nur vorübergehend habe schonen wollen, hat der Beklagte nicht behauptet. Die weitere Behauptung des Beklagten, er habe warten wollen, ob S. noch Belege beibringe, hat das Berufungsgericht nicht als bewiesen angesehen. Sonstige Umstände, die in diesem Zusammenhang noch von Bedeutung sein könnten, hat der Beklagte nicht vorgetragen. Damit hat er den Wegfall des Kündigungsgrundes nicht widerlegt.

IV. Das Berufungsgericht hat nach alledem zu Recht die Kündigung vom 18. September 1961 als unwirksam angesehen und den Beklagten zur Zahlung von Teilbeträgen der in § 6 des Gesellschaftsvertrages bestimmten zusätzlichen Abfindung verurteilt. Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Nörr

Fleck

Stempel